**Volumen VI**
Septiembre 2019
ISSN 2631-2573
E-ISSN 1390-8014












# USFQ LAW REVIEW

Volumen VI • Septiembre 2019

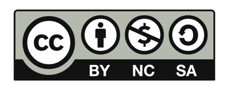


**USFQ PRESS**
Universidad San Francisco de Quito
Campus Cumbayá USFQ, Quito 170901, Ecuador.
USFQ Press es el departamento editorial de la Universidad San Francisco de Quito USFQ. Fomentamos la misión de la universidad al diseminar el conocimiento para formar, educar, investigar y servir a la comunidad dentro de la filosofía de las Artes Liberales.



El Comité Editorial agradece al profesor Pier Pigozzi, consejero de facultad de USFQ Law Review, por su permanente guía, apoyo y disponibilidad.

ISSN 2631-2573
E-ISSN 1390-8014




**Email:** lawreview@usfq.edu.ec
**Página web:** http://www.usfq.edu.ec/publicaciones/lawreview/
http://lawreview.usfq.edu.ec
https://revistas.usfq.edu.ec/index.php/lawreview/index




USFQ Law Review es una revista jurídica íntegramente desarrollada y administrada por estudiantes del Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito. El principal propósito de la revista es publicar artículos de investigación académica en los que se analicen, de forma crítica y fundamentada, diversos temas legales de relevancia y actualidad; generando así conocimiento, y colocándose como una fuente de consulta y discusión que aporta a la comunidad.

## Comité Editorial

El Equipo Editorial de USFQ Law Review está compuesto por los Responsables Editoriales o Científicos y el Comité Editorial.

Los Responsables Editoriales son aquellos miembros del Equipo Editorial a quienes corresponde supervisar el desarrollo de USFQ Law Review, así como tomar la decisión final acerca de la publicación de un artículo en la Revista. La labor de los Responsables Editoriales tiene lugar posterior a la revisión de los artículos por el Sistema de Arbitraje. Por su destacada trayectoria y conocimiento de la revista, los Editores en Jefe ocupan el cargo de Responsables Editoriales.

El Comité Editorial es el órgano rector de la revista. Está integrado por estudiantes de pregrado del Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito que se dividen en los siguientes cargos: 1) Editores en Jefe; 2) Editores Asociados; y, 3) Editores Junior.

Los Editores en Jefe son los responsables de la dirección del Comité Editorial y revisan en última instancia el contenido que se publicará en la revista. Los Editores en Jefe y Editores Asociados están a cargo de la edición de manuscritos, de la publicación de la revista, de la invitación y selección de articulistas y de la selección y renovación del equipo editorial. Los Editores Junior, en su calidad de miembros entrantes al Comité Editorial, cumplen las funciones asignadas por los otros editores, con el propósito de ser capacitados para ocupar posteriormente la función de Editores Asociados.

## Proceso de selección

USFQ Law Review es una revista arbitrada que emplea un proceso de evaluación por pares externos (*peer review*) a través de un Sistema de Arbitraje.

El Sistema de Arbitraje es un órgano colegiado, integrado por evaluadores externos al Equipo Editorial. Los Evaluadores son postulados por el Comité Editorial y son seleccionados por los Responsables Editoriales con base en su experiencia y conocimiento en el ámbito académico de la revista.

El objetivo del sistema es realizar la evaluación por pares de los artículos enviados a la revista. El estilo de revisión que utiliza es "doble ciego" (*double-blind review*). Los evaluadores del Sistema de Arbitraje tienen la facultad de verificar que los artículos enviados a la revista cumplan los requisitos prescritos en el artículo 18 del Estatuto de USFQ Law Review.

Todos los textos deberán ser enviados a través del sistema *Open Journal System (OJS)* de la Universidad San Francisco de Quito. El proceso de edición de un artículo puesto en consideración del Equipo Editorial de USFQ Law Review está compuesto por las siguientes fases:

1. **Recepción**: El proceso inicia con la fase de recepción de artículos académicos. Los textos deben ser enviados al Equipo Editorial de USFQ Law Review a través del sistema *Open Journal System* (en adelante OJS) de la Universidad San Francisco de Quito, el cual se encuentra en el siguiente enlace: https://revistas.usfq.edu.ec/index.php/lawreview Tras haber sido cargado los artículos, serán sometidos al software antiplagio Turnitin® Plagiarism Checker. En el caso que se detecte plagio en un trabajo, este será devuelto definitivamente al articulista.

2. **Evaluación por pares**: En segundo lugar, los artículos serán sometidos a un proceso de evaluación anónima por pares externos dentro de un Sistema de Arbitraje, quienes emitirán sus recomendaciones acerca de la publicabilidad o no publicabilidad del artículo, en base al cumplimiento de los parámetros mínimos de calidad exigidos por la revista en su estatuto.

3. **Selección:** El criterio resultante del proceso de evaluación por pares externos será analizado por los Responsables Editoriales, quienes tomarán la decisión final respecto a la publicación de los artículos.
   Los autores serán notificados con la decisión emitida por los Responsables Editoriales -acerca de la aceptación o denegación de sus trabajos- así como con el criterio de los evaluadores, hasta un mes después del día de cierre de la convocatoria.

4. **Proceso de Edición**: Si los Responsables Editoriales deciden la publicación de un artículo, es responsabilidad de su autor adoptar las sugerencias y recomendaciones de los evaluadores. Una vez completado este procedimiento dentro del plazo determinado por el Equipo Editorial, el artículo pasará al proceso de edición. Es responsabilidad

del articulista realizar la totalidad de las correcciones y modificaciones que se indiquen hasta que el artículo esté listo para su publicación. Finalmente, los Responsables Editoriales realizarán una última revisión de los artículos, antes de seguir con el proceso de diagramación e impresión.

5. **Publicación**: Cumplidas todas estas fases, el artículo será publicado en USFQ Law Review.

## Frecuencia de la publicación

La publicación se realiza anualmente, en el mes de septiembre.

## Política de acceso abierto

Todo el contenido de la revista se encuentra publicado bajo la política de acceso libre de la Licencia Creative Commons, que fomenta el debate académico y la difusión equitativa de ideas y posicionamientos críticos. Al ser esta una publicación que se difunde bajo la plataforma Open Journal System (OJS), se garantiza la transparencia de sus procesos y la gratuidad de sus aportaciones.

## Normas para autores

Para aprobar las fases de evaluación por pares y selección, los artículos enviados deberán cumplir los siguientes requisitos: (i) extensión de mínimo 5.000 palabras y máximo 35 páginas de contenido; (ii) estructura y formato de citación detallados en la Guía de Autor de USFQ Law Review; (iii) relevancia e innovación del tema jurídico abordado; (iv) contenido crítico; y, (v) suficiencia de investigación y manejo adecuado de fuentes.

## Guía de autor

El Equipo Editorial de USFQ Law Review pone a disposición de los autores su Guía de Autor, basada en el formato de citación MLA. Ésta será una herramienta para facilitar a los autores la redacción de sus obras, que tiene como objetivo homogeneizar el formato de los artículos académicos presentados a USFQ Law Review. La Guía de Autor se encuentra disponible en:

http://www.usfq.edu.ec/publicaciones/lawreview




## Presentación

A nombre del Equipo Editorial de USFQ Law Review, ponemos a su disposición el VI Volumen de nuestra revista. Son ya seis años desde que un grupo conformado por estudiantes de pregrado de la Universidad San Francisco de Quito se reunió con el afán de fundar la primera revista jurídica del Ecuador, administrada íntegramente por estudiantes de la Facultad de Jurisprudencia.

A partir del 2013, fecha de su fundación, la revista ha reflejado los ideales que inspiraron su creación: constituir una fuente de consulta y fomentar el desarrollo de la academia y la investigación en la comunidad jurídica. Desde sus inicios, la revista ha recorrido una larga trayectoria y constantemente ha alcanzado importantes logros que la posicionan a nivel nacional e internacional. En el año 2017, USFQ Law Review se indexó al sistema internacional de búsqueda *Latindex*. En 2018, ingresó al repositorio de la Asociación de Revistas Académicas de Humanidades y Ciencias Sociales "Revistas Latinoamericanas". A inicios del 2019, el Comité Editorial celebró un importante acuerdo con la plataforma de almacenamiento y actualización de legislación y jurisprudencia ecuatoriana, LEXIS S.A., para la difusión masiva del contenido de la revista a los usuarios de esta herramienta. El Comité Editorial se ha encargado, asimismo, de organizar importantes eventos en los que, panelistas nacionales y extranjeros de reconocida trayectoria, han discutido y analizado temas jurídicos de relevancia y actualidad.

A nombre del Equipo Editorial, tenemos el agrado de presentar a nuestros lectores el VI Volumen de USFQ Law Review, compuesto por doce artículos de diversas temáticas que constituyen grandes aportes académicos, frutos de investigaciones y reflexiones inéditas de los articulistas.

En materia de Derecho Internacional Humanitario, Diego Chávez Salgado, Camila Cruz García y Paula Herrera Jaramillo, analizan la compatibilidad de los sistemas de armas autónomos con los principios de distinción, precaución y proporcionalidad. Leonardo Coronel Larrea y Anabela Chiriboga Bucheli, por otra

parte, exponen –desde una perspectiva de derecho procesal- la problemática que surge cuando una sentencia penal, con carácter de cosa juzgada, ordena una indemnización que no es efectiva.

Danny Lenin Espinosa Taipe y Katherine Estefanía Hoyos Navas, a través de un análisis comparado, explican las causas de la planificación tributaria agresiva y las medidas que se deben tomar para combatirla. Por su parte, Josselyn Espinoza Bautista, aporta a este volumen con un artículo redactado en inglés sobre el alcance de la Opinión Consultiva 23/17 y su posible incorporación al ordenamiento jurídico ecuatoriano.

En materia de arbitraje, María Emilia Flores Suasnavas y Elías David Orozco Herrera, realizan un importante estudio del arbitraje *ex aequo et bono* en Ecuador, su relación con las fuentes formales del derecho y su influencia en el fondo y la forma de un laudo arbitral. Mientras que, Robert Friend Macías y María De Los Ángeles Álava Díaz, exponen sobre la situación de los discapacitados intelectuales en el Código Civil ecuatoriano y comparan esta regulación con la Convención para los Derechos de las Personas con Discapacidad.

Mauricio Maldonado Muñoz, aborda un tema de gran relevancia jurídica al analizar cómo los juegos cooperativos y no-cooperativos aportan a reconstruir algunos fenómenos relevantes acerca de la forma en que los modernos ordenamientos (legislados) se construyen. En relación con los mecanismos heterocompositivos de resolución de conflictos, David Proaño y Mateo Guevara Ruales realizan un detenido estudio de la figura de los *dispute boards* y su aplicación en Ecuador, a raíz del caso Coca-Codo Sinclair.

Mónica Ribadeneira Sarmiento, investigadora independiente, expone las principales deficiencias del Código Orgánico del Ambiente y las inconveniencias de dicho cuerpo normativo para el manejo de recursos biológicos en el Ecuador. Arturo Rafael Rivas Bayas y Erick Guapizaca Jiménez, escriben en coautoría sobre el carácter *ius cogens* del principio de no devolución y luego analizan los supuestos en los que este puede ser tutelado mediante una acción constitucional de *habeas corpus* o de protección.

María Alejandra Vera y María Belén Vivero realizan un detenido estudio sobre la importancia de proteger los datos personales en un mundo globalizado y de desarrollo tecnológico. Por último, Gustavo Villacreses Brito, María Paula Marroquín Ruiz y Génesis Bermeo, aportan con un análisis crítico al artículo 30 de la Ley de Arbitraje y Mediación, el cual impide la apelación de laudos arbitrales.

Extendemos nuestro más sincero agradecimiento a los profesores, estudiantes y profesionales del derecho que contribuyeron a este Volumen de la revista en calidad de articulistas. Esta iniciativa, que nació seis años atrás, no sería posible si nuestros articulistas no depositaran su confianza en los procesos de edición de la revista, año tras año. Agradecemos, asimismo, a los auspiciantes de este volumen pues, a través de su contribución, se fomenta el desarrollo de la investigación y la academia en la comunidad jurídica. Por último, reconocemos la importante labor del Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco el cual genera espacios de discusión jurídica e impulsa a sus estudiantes a involucrarse en proyectos académicos.

A nombre del Equipo Editorial, extendemos una cordial invitación a participar en los siguientes volúmenes de USFQ Law Review y esperamos que el presente, correspondiente al año 2019, sea de su agrado.

Ana Isabel Cobo Ordóñez
**Editora en jefe**

Antonella Tescaroli Espinosa
**Editora en jefe**

# ÍNDICE

# Robots asesinos: ¿realidad o ficción? Los sistemas de armas autónomas en el marco del Derecho Internacional Humanitario

**Diego Chávez Salgado**
Universidad San Francisco de Quito USFQ, *alumnus* del Colegio de Jurisprudencia, Campus Cumbayá. Casilla Postal No. 17-1200-841, Quito 17091, Ecuador.
Correo electrónico: diego.ch1106@gmail.com

**Camila Cruz García**
Universidad San Francisco de Quito USFQ, *alumna* del Colegio de Jurisprudencia, Campus Cumbayá. Casilla Postal No. 17-1200-841, Quito 17091, Ecuador.
Correo electrónico: camila.cruzgarcia94@gmail.com

**Paula Andrea Herrera Jaramillo**
Universidad San Francisco de Quito USFQ, *alumna* del Colegio de Jurisprudencia, Campus Cumbayá. Casilla Postal No. 17-1200-841, Quito 17091, Ecuador.
Correo electrónico: pahj94@gmail.com

Recibido / Received: 15/03/2019
Aceptado / Accepted: 19/04/2019
DOI: 10.18272/lr.v6i1.1405

## Resumen

Los sistemas de armas autónomas han presentado un desarrollo acelerado en los últimos años. El uso de este tipo de armas en escenarios de conflicto armado no está regulado expresamente a la luz del Derecho Internacional Humanitario (en adelante DIH), por lo que se debe determinar si el mismo está amparado bajo las normas convencionales, principios y normas consuetudinarias de esta rama del Derecho. En este sentido, se analizará si dichas armas cumplen con el principio de distinción, precaución y proporcionalidad. En segundo lugar, se analizará si estas armas promueven la impunidad respecto al cometimiento de posibles crímenes internacionales. En tercer lugar, se estudiarán otros métodos y medios prohibidos, y, finalmente, se analizarán los retos que las armas autónomas presentan en el marco actual del DIH y su constante evolución. Considerando los riesgos que estas armas implican para la población civil y bienes civiles, su regulación, sea mediante la prohibición o restricción de las mismas es inherente. En realidad, únicamente el tiempo determinará si las armas autónomas tienen cabida dentro del DIH.

## Palabras clave

armas autónomas; conflicto armado; derecho internacional humanitario; responsabilidad; medios y métodos; retos contemporáneos

## *Killer Robots: reality or fiction? Autonomous Weapons Systems in the context of International Humanitarian Law*

## Abstract

*There has been an accelerated development of autonomous weapon systems over the years. These systems, its use and functionality, are not regulated by International Humanitarian Law (hereafter "IHL"). Therefore, it is a necessity to establish a legal framework based on conventional norms, principles and customary law, in order to determine if its use is covered by IHL. In this regard, it will be assessed if this type of weapons comply with the principle of distinction, precaution and proportionality. Secondly, an analysis about the possible promotion of impunity regarding the commitment of international crimes by these weapons will be studied. Thirdly, other means and methods will be studied, and, finally, the challenges presented by autonomous weapons in the present framework of IHL and its evolution will be studied. Considering the risks that these weapons impose on civilian population and civilian objects, its regulation, be it prohibition or restriction, is inherent. In reality, only time will tell if autonomous weapons comply with the legal framework of IHL.*

## Keywords

*autonomous weapons; armed conflict; international humanitarian law; responsibility; means, methods; contemporary challenges*

# 1. Introducción

Con el avance de la tecnología, el desarrollo y uso de armas autónomas ha aumentado exponencialmente. Frente a este cambiante escenario, cabe preguntarse: ¿qué son las armas autónomas? En primera instancia, las armas son toda "herramienta de guerra, destinada para matar, dañar y destruir"[1]. El Comité Internacional de la Cruz Roja (en adelante CICR), recogió distintas definiciones en su informe Una guía para la revisión legal de nuevas armas, métodos y medios de guerra: medidas para implementar el artículo 36 del Protocolo Adicional I de 1997, publicado en 2006. Entre estas, cabe recalcar la definición de Australia: "[U]n arma es un instrumento ofensivo o defensivo de combate utilizado para destruir, lastimar, derrotar o amenazar"[2]. Específicamente, las armas autónomas pueden definirse como las que "una vez activadas, pueden identificar, seleccionar y atacar objetivos sin que sea necesaria la intervención humana"[3]. Ahora bien, es necesario puntualizar que el Derecho Internacional Humanitario (en adelante DIH) regula el uso de métodos y medios en un escenario de conflicto armado, refiriéndose a las armas y las formas en las que se utilizan estas, respectivamente.

Si bien el uso de armas autónomas no está expresamente prohibido o restringido de manera convencional, su uso durante conflictos armados, sean de naturaleza internacional o no internacional, suscita varias interrogantes respecto a si el mismo está amparado por la costumbre, principios y normas de DIH. Para responder esta interrogante, es necesario definir el propósito principal del DIH y los obstáculos específicos que las armas autónomas generan en un marco legal, político y moral. El DIH puede definirse como "un intento de alcanzar un balance equitativo entre los requerimientos humanitarios y las necesidades de guerra"[4]. En este orden de ideas, las principales problemáticas del uso de armas autónomas pueden resumirse en si dicho uso cumple con los principios de distinción, proporcionalidad y precaución, y, si al ser operadas de manera independiente a cualquier control humano, promueven la impunidad al ser imposible atribuir responsabilidad a una persona específica por el daño que pudieren causar. Dichas problemáticas se abordarán mediante un análisis de la definición y clasificación de las armas autónomas, del cumplimiento del marco jurídico internacional del DIH respecto a los tres principios descritos previamente, y finalmente, mediante una comparación con otros métodos y medios prohibidos o restringidos de manera convencional en contextos de conflicto armado. De igual manera, se analizarán los retos que el uso de armas autónomas comprende para el DIH. El objeto del presente análisis será determinar que el uso de estos medios de combate no

1 Traducción libre. Liu, Hin-Yan. "Categorization and legality of autonomous and remote weapons systems". International Review of The Red Cross, Vol. 94 No. 886 (2012), p. 635.

2 *Ibíd.*

3 Traducción libre. Sauer, Frank. "Stopping «Killer Robots»: Why now is the time to ban autonomous weapons systems". Arms Control Today, Vol. 46 No. 8 (2016), pp. 8.

4 Traducción libre. Saxon, Dan. "A human touch: autonomous weapons, directive 3000.09, and the «Appropriate levels of human judgment over the use of force»". *Georgetown Journal of International Affairs*, Vol. 15 No. 2 (2014), p. 100.

está amparado por el DIH, y, al contrario, su regulación, entendida como la necesidad de prohibir o restringir su uso, es imperativa para asegurar la protección de la dignidad humana.

## 2. Definición y clasificación de armas autónomas

A la fecha, no existe una definición de armas autónomas que esté recogida en alguna norma convencional. Sin embargo, el CICR ha optado por una definición de sistemas de armas autónomas, "término genérico que abarca a todos los sistemas de armas dotados de autonomía en sus funciones esenciales de selección y ataque de objetivos"[5]. Es decir, los sistemas de armas autónomas son sistemas que no requieren de una persona natural detrás de sus funciones u operaciones militares. La definición aportada en líneas anteriores es importante debido a que permite generar debate sobre este creciente tema para poder regularlo de mejor manera. Armin Krishnan, en su libro Killer Robots: Legality and Ethicality of Autonomous Weapons, define que comprende la autonomía en razón de armas. La autonomía de un arma se mide por la intervención humana en la operación de la misma; mientras menos intervención exista dentro de dicho proceso, más autonomía posee el arma[6]. En el mismo libro, se define el concepto arma autónoma como "un arma computarizada que no requiere contribución humana alguna para llevar a cabo su misión primaria. Normalmente esto incluye la capacidad de localizar su objetivo de manera independiente y disparar sola"[7]. El Reporte de la Trigésimo Segunda Conferencia Internacional de la Cruz Roja y la Media Luna Roja (en adelante Reporte de la Trigésimo Segunda Conferencia), sobre DIH y desafíos de los conflictos armados contemporáneos, alcanza la misma conclusión mencionada en líneas anteriores. En este sentido, define a un sistema de armas autónomas como aquel que tiene autonomía en sus funciones críticas, ya sea en la tierra, en el agua o en el aire[8]. La única intervención humana en el funcionamiento de dichas armas es al momento de su activación. Estas, por sí mismas, realizan todo el operativo militar.

Las armas autónomas o los sistemas de armas autónomas se diferencian de los drones, otras armas robóticas u otros sistemas de armas por la intervención humana que caracteriza a estas últimas. La intervención humana —aunque en ocasiones es mínima y, a veces, únicamente de guía— es esencial para el funcionamiento de este tipo de armas, razón por la cual carecen de autonomía. Existen también otro tipo de armas que tienen autonomía en sus funciones críticas; sin embargo, esta autonomía es utilizada de manera excepcional en casos de defensa. Este tipo de

5 Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR). Armas autónomas: las decisiones de matar y destruir son una responsabilidad humana, 11 de abril de 2016. https://www.icrc.org/es/document/armas-autonomas-las-decisiones-de-matar-y-destruir-son-una-responsabilidad-humana

6 Traducción libre. Krishnan, Armin. Killer Robots: Legality and Ethicality of Autonomous Weapons. Textos: Ashgate Publishing, Ltd., 2009, pp. 3 y 4.

7 *Id.*, pp. 4 y 5.

8 CICR. *Reporte sobre de la 32.ª Conferencia Internacional de la Cruz Roja y la Media Luna Roja, sobre DIH y los retos contemporáneos de los conflictos armados.* Ginebra: Editorial (o institución), p. 44.

armas incluyen sistemas de misiles de defensa en el aire, vehículos submarinos de defensa, sistemas de armas perimetrales, entre otras. Dichas armas son utilizadas en momentos donde el operador necesita defenderse en una operación, por lo que comprenden un “modo automático” para describirlo de alguna forma. Además, estas armas son solamente de defensa, por lo que su objetivo principal es repeler un ataque y no atacar por sí mismas. Lo anterior se condice con el hecho que sus objetivos son bienes militares y obstáculos, mas no combatientes (en caso de conflictos armados internacionales). Aunque este tipo de armas existen en la actualidad, el veloz desarrollo de la tecnología prevé un futuro donde las armas totalmente autónomas son una realidad; por lo que es sumamente necesario encajarlas en un marco legal, siendo el DIH el más adecuado[9].

## 3. Cumplimiento del marco jurídico del Derecho Internacional Humanitario

### 3.1. Principio de distinción

El principio de distinción es uno de los principios fundamentales del DIH. Este permite distinguir entre objetivos militares y aquellos que no lo son; por ejemplo, entre combatientes (en caso de conflictos armados internacionales) y civiles. De igual manera, establece la distinción entre bienes civiles y objetivos militares, siendo estos últimos los únicos que podrán ser objeto de ataque. Además, Elizabeth Salmón, doctrinaria peruana de DIH, expresa en su libro Introducción al Derecho Internacional Humanitario:

> El principio de distinción establece que solamente los que participan en las hostilidades (ante la inexistencia, en el marco de los conflictos internos[10], del estatuto jurídico de combatiente) y los objetivos militares podrán ser objeto de ataques, no pudiendo, por ende, atacarse a la población civil, que en todo tiempo y circunstancia deberá ser respetada[11].

A continuación, se analizarán los sistemas de armas autónomas a la luz del principio de distinción.

#### 3.1.1. El principio de distinción en el Derecho convencional

El principio de distinción se recoge principalmente en los Protocolos Adicionales a los Convenios de Ginebra. El artículo 48 del Primer Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra relativo a la Protección de Víctimas de los Conflictos Armados Internacionales prescribe:

9 *Id.*, p.45

10 El término “conflicto interno” es propio de la autora Salmón. Es preferible utilizar el término conflictos armados no internacionales o CANI.

11 Salmón, Elizabeth. *Introducción al Derecho Internacional Humanitario*. Lima: Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú y el Comité Internacional de la Cruz Roja, 2012, p. 54.

> A fin de garantizar el respeto y la protección de la población civil y de los bienes de carácter civil, las Partes en conflicto harán distinción en todo momento entre población civil y combatientes, y entre bienes de carácter civil y objetivos militares y, en consecuencia, dirigirán sus operaciones únicamente contra objetivos militares[12].

Es decir, el principio de distinción debe estar presente al momento de realizar cualquier ataque, toda vez que comprende una protección a la población civil[13]. En consecuencia, se debe saber con certeza que las personas a las que se ataca son un objetivo militar. Es, además, una obligación recíproca. En este sentido, el atacante debe saber con certeza que el objeto del ataque no es la población civil ni un bien o bienes civiles. Por ende, las partes en conflicto están obligadas a usar uniformes y signos distintivos para que el enemigo pueda distinguirlos de los civiles. En realidad, las partes en conflicto deben tomar todas las medidas necesarias para poder cumplir con este principio, con miras de poner a los civiles en un menor riesgo.

### 3.1.2. El principio de distinción en las normas consuetudinarias[14] de Derecho Internacional Humanitario

El principio de distinción se encuentra plasmado en las normas consuetudinarias de DIH[15]. Dichas normas, de la primera a la sexta, comprenden la obligación de distinción entre civiles y combatientes. En estas seis normas, se establecen las obligaciones y las prohibiciones referentes a la protección de civiles, como el deber de distinguir en todo momento a combatientes de civiles, al igual que la definición de quién no es un combatiente al no participar directamente en las hostilidades. De la norma séptima a la vigésima primera, se hace referencia a la prohibición de los ataques indiscriminados y al cuidado que deben tener las partes en conflicto para poder distinguir entre un bien militar de un bien civil. La regla decimosexta prescribe: "Las partes en conflicto deberán hacer todo lo que sea factible para verificar que los objetivos que prevén atacar son objetivos militares"[16]. Por lo tanto, las partes deben tomar todas las precauciones, medidas y realizar los análisis o evaluaciones necesarias a fin de que no exista confusión en los objetivos militares. Este ejercicio, es uno de sumo razonamiento y requiere comprender la imprevisibilidad y crueldad del campo de batalla.

---

12 Protocolo Adicional I a los Convenios de Ginebra relativo a la Protección de Víctimas de los Conflictos Armados Internacionales (1977). Artículo 48.

13 El artículo 50.2 del Protocolo Adicional I a los Convenios de Ginebra relativo a la Protección de Víctimas de los Conflictos Armados Internacionales prescribe que "la población civil comprende a todas las personas civiles."

14 La costumbre internacional ha sido definida por autores como Shaw como una práctica generalmente aceptada como derecho. Para ser considerada una fuente de derecho bajo el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, la costumbre debe cumplir con los siguientes elementos: (i) elemento **material** (***diuturnitas***)**:** práctica constante, uniforme y prolongada de los Estados ante un mismo hecho o situación, y (ii) **elemento subjetivo o psicológico** (***opinio iuris sive necessitatis***)**:** convencimiento de obligatoriedad jurídica, plasmado en el caso Asunto de la Plataforma Continental del Mar del Norte de 1969 de la Corte Internacional de Justicia.

15 Henckaerts, Jean-Marie y Doswald-Beck, Louise. *El Derecho Internacional Humanitario Consuetudinario*. Buenos Aires: CICR, 2007.

16 *Ibid*.

### 3.1.3. Análisis del principio de distinción en relación a las armas autónomas

Los sistemas de armas autónomas podrían cumplir con el principio de distinción mencionado en párrafos anteriores solamente si podrían distinguir los objetivos militares de los que no lo son (civiles o bienes civiles). Existen varias dudas acerca de si este tipo de sistemas pueden o no cumplir con este principio, ya que, al ser armas que no tienen conciencia o razonamiento humano, pueden, en algunos casos, fallar y no distinguir entre objetivos militares y personas o bienes civiles. En consecuencia, se discutió en el Reporte de la Trigésimo Segunda Conferencia el requerimiento de personas naturales en el uso de este tipo de armas hasta que se pueda superar esta duda[17]. Además, debido a que los sistemas de armas autónomas pueden incumplir este principio básico del DIH, la consecuencia sería un posible crimen de guerra[18]. Si existiese la situación donde un crimen de guerra se ha perpetrado, es obligación perseguirlo, lo que trae a colación el problema de quién es el responsable de estos crímenes, ya que sería absurdo imputarlos al sistema de armas autónomas.

Para Asaro, los sistemas de armas autónomas nunca podrán cumplir con el principio de distinción en la forma en la que los Convenios de Ginebra y sus protocolos Adicionales lo establecen. Esto se debe a que los sistemas de armas autónomas no pueden prevenir las distintas situaciones de los conflictos armados, ni la imprevisibilidad de los mismos.[19] Durante períodos de conflicto armado, pueden suscitarse distintos escenarios que no estén contemplados en las normas positivas ni en las consuetudinarias y, muchas veces, han ocurrido situaciones que hasta el momento no han podido preverse por el derecho. Por esta razón, un sistema de armas autónomas no podría razonar y actuar acorde a las distintas exigencias del DIH, ya que se trata de una programación y desarrollo anterior al combate o escenario de conflicto.

## 3.2. Principio de precaución

La autora Elizabeth Salmón afirma que este principio se basa en la obligación de las partes de tomar una serie de precauciones en el ataque, encaminadas precisamente a evitar a la población civil sufrimientos innecesarios o excesivos, al punto de abstenerse de realizar un ataque cuando sea de prever que causará incidentalmente muertos o heridos en la población civil, daños a bienes de carácter civil o ambos, que serían excesivos en relación con la ventaja militar prevista[20].

17 CICR. *Reporte sobre de la 32.ª Conferencia… Óp. cit.*, p. 45

18 Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (2002). Entró en vigor el 1 de julio de 2002.

19 Asaro, Peter. "On banning autonomous weapon systems: Human rights, automation, and the dehumanization of lethal decision-making". *International Review of the Red Cross*, Vol. 94 No. 886 (2012).

20 Salmón, Elizabeth. *Óp. cit.*, p. 99

### 3.2.1. El principio de precaución en el derecho convencional

El principio de precaución está recogido en el artículo 57 del Primer Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra. En el mismo se establece que las operaciones militares se deben realizar con un cuidado constante para preservar a la población civil, a las personas civiles y a los bienes de carácter civil. El mismo artículo establece que las precauciones que se deben tomar son: verificar que los objetivos que se proyecta atacar no son personas civiles, ni bienes de carácter civil, ni gozan de protección especial; respecto a los métodos y medios de ataque, evitar o reducir el número de muertos y heridos que pudieren causar entre la población civil, así como los daños a bienes civiles; y abstenerse de realizar ataques que causaren daños a la población civil y los bienes civiles, que serían excesivos en relación con la ventaja militar concreta y directa prevista. Respecto a esta regla, cabe incluir la interpretación que se dieron en los comentarios a los Protocolos Adicionales, la cual es a su vez incluida en la Recopilación del CICR. Se entiende a esta como el "interés sustancial y relativamente próximo, descartando las ventajas que no sean perceptibles o que solo sean manifestadas a largo plazo"[21]. A su vez, dicho artículo prescribe que se dará aviso con antelación y por medios eficaces de cualquier ataque que pueda afectar a la población civil, siempre y cuando las circunstancias no lo impidan[22].

### 3.2.2. El principio de precaución en la costumbre de Derecho Internacional Humanitario

La regla decimoquinta de Costumbre de la Recopilación del CICR, recoge el mencionado principio y establece que

> [l]as operaciones militares se realizarán con un cuidado constante de preservar a la población civil, a las personas civiles y los bienes de carácter civil. Se tomarán todas las precauciones factibles para evitar, o reducir en todo caso a un mínimo, el número de muertos y heridos entre la población civil, así como los daños a bienes de carácter civil, que pudieran causar incidentalmente[23].

### 3.2.3. Análisis del principio de precaución en relación a las armas autónomas

A partir del análisis del artículo 57 del Primer Protocolo Adicional y la regla de costumbre previamente descrita, se puede afirmar que las armas autónomas cumplirían con este principio siempre y cuando las operaciones militares conducidas con estas armas evitaran sufrimiento innecesario a civiles y daños excesivos a bienes civiles, o a cualquier otro bien protegido. Asimismo, si existiera cualquier

---

21 Sandoz, Yves; Swinarski, Christophe; y Zimmermann, Bruno. *Comentario del Protocolo del 8 de junio de 1977 adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 (Protocolo I)*, tomo I. Bogotá: CICR y Plaza y Janes, 2001, parr. 2209.

22 Protocolo Adicional I…*Eiusdem*. Artículo 57.

23 Henckaerts, Jean-Marie y Doswald-Beck, Louise. *El Derecho Internacional Humanitario Consuetudinario. Óp. cit.*

daño colateral a partir del ataque, este no debería ser excesivo en relación a la ventaja militar alcanzada con estas armas, relacionándose con el principio de proporcionalidad que será analizado a continuación.

Por ende, siempre y cuando se cumplan las condiciones anteriormente descritas respecto al principio de precaución, el uso de armas autónomas no evidencia problema alguno a la luz del DIH. A pesar de esto, el CICR, en el Reporte de la Trigésimo Segunda Conferencia sobre DIH y los desafíos de los conflictos armados contemporáneos, cuestiona la posibilidad de programar un arma autónoma y poder cancelar o suspender el ataque si, aparentemente, el objetivo no es militar o si está sujeto a una protección especial[24]. Esta crítica se presenta en un escenario hipotético, donde el objetivo militar puede ser cambiante. Ante este supuesto, no se debe realizar al ataque, ya que se debe tener la suficiente certeza de su naturaleza antes de iniciar el mismo. Por lo que sostenemos que, cuando las condiciones se cumplan, el uso de armas autónomas respeta el principio de precaución.

## 3.3. Principio de proporcionalidad

Respecto al principio de proporcionalidad, es preciso establecer que el ataque no debe generar daños excesivos, ya sea a la población civil o bienes civiles, en relación a la ventaja militar concreta, directa y prevista esperada. Al respecto, el doctrinario Nils Melzer afirma que el daño a personas o bienes protegidos puede justificarse exclusivamente a través de la ventaja de naturaleza militar y nunca por beneficios políticos, económicos o de caracteres que no sean militares. Además, es importante puntualizar que esta ventaja debe ser esperada respecto de un ataque o una operación, y no de toda una campaña militar[25].

### 3.3.1. El principio de proporcionalidad en el derecho convencional

Este principio está recogido en el artículo 51.5.b del Protocolo Adicional Primero a los Convenios de Ginebra. En este se afirma que serán considerados como indiscriminados los siguientes ataques: "cuando sea de prever que causarán incidentalmente muertos y heridos entre la población civil, o daños a bienes de carácter civil, o ambas cosas, que serían excesivos en relación con la ventaja militar concreta y directa prevista"[26].

24 CICR. *Reporte sobre de la 32.a… Óp. cit.*, p. 45.
25 Traducción libre. Melzer, Nils. *International Humanitarian Law: A Comprehensive Introduction*. Ginebra: ICRC, 2016, p. 101.
26 Protocolo Adicional I… *Eiusdem*. Artículo 51.

### 3.3.2. El principio de proporcionalidad en las normas consuetudinarias de Derecho Internacional Humanitario

Este principio se encuentra recogido en la regla decimocuarta de la Recopilación del CICR sobre normas consuetudinarias. Dicha regla recoge el mismo concepto señalado en la norma citada previamente, solo agregando la frase "queda prohibido lanzar un ataque".

### 3.3.3. Análisis del principio de proporcionalidad en relación a las armas autónomas

Tras analizar este principio a la luz del artículo 51.5.b del Primer Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra y la regla 14 de la Recopilación del CICR de normas consuetudinarias, se puede afirmar que las armas autónomas podrían cumplir con el principio de proporcionalidad, siempre y cuando sean utilizadas de tal forma que la ventaja militar prevista no sea excesiva en relación a las muertes y/o daños generados a la población y/o bienes civiles.

Al respecto, el CICR, en el Reporte de la Trigésima Segunda Conferencia sobre DIH y los desafíos de los conflictos armados contemporáneos, manifiesta su preocupación respecto del uso de estas armas en relación con el principio de proporcionalidad. En primer lugar, establece que será un reto determinar si las armas autónomas pueden ser programadas para sentir y analizar los factores y variables requeridas para determinar si se esperará que el ataque cause bajas civiles y daño a bienes civiles, que podría ser excesivo en relación a la ventaja militar esperada[27]. Al contrario, Jens David Ohlin considera que las armas autónomas son más efectivas en relación a la obtención de una ventaja militar concreta y directa, ya que no solo podrían disminuir los costos que representa el entrenamiento y capacitación militar, sino que además podrían evitar que los combatientes o combatientes ilegales o irregulares (dependiendo si el escenario es de conflicto armado internacional o no internacional) participen en actividades bélicas caracterizadas por ambientes dañinos, física y psicológicamente. De esta manera, se estaría protegiendo a los objetivos militares que el enemigo buscará atacar[28]. Además, dado que la evaluación que realicen las armas autónomas respecto a la situación en la que se encuentren, no se verá afectada por emociones humanas como la ira o el miedo, o por prejuicios raciales o de otra índole, dichas armas podrían ser más humanas que los soldados o personas intervinientes en un conflicto[29]. Por esta razón, lo que se cuestiona en el fondo es la capacidad de los sistemas de armas autónomas de analizar estos factores; sin embargo, al ser armas desarrolladas por una tecnología muy avanzada, la probabilidad de que logren determinar estas variables es mayor en comparación a

27 CICR. Reporte sobre de la 32.ª… *Óp. cit.*, p. 45

28 Ohlin, Jens David. "The Combatant's Stance: Autonomous Weapons on the Battlefield", *92 International Law Studies* (2016), p. 1371.

29 *Id.*, p 1372.

una persona natural, tomando en cuenta que los humanos utilizan distintos medios tecnológicos para calcular el daño esperado.

## 4. Responsabilidad. ¿Las armas autónomas promueven la impunidad?

Más allá de las discusiones técnicas respecto al desarrollo y programación de estas armas, de los procesos que podrían ser perfeccionados con el objeto de cumplir con el DIH, o de los posibles beneficios que estas pudieren generar, es importante responder la pregunta, ¿qué pasaría en el evento inevitable de que dichas armas asesinaran o hirieran a civiles? Si bien se defiende su seguridad y previsibilidad de actuación, "es imposible garantizar que siempre actuarán como se espera"[30]. Además, es factible asegurar que en algún momento vulnerarán las normas, principios o normas consuetudinarias que rigen el DIH. El momento en que eso ocurra, específicamente el momento en que bajas civiles ocurran ilegalmente, inmediatamente se buscará responsabilizar a alguien. Esto responde a que la atribución de responsabilidad por un daño usualmente cumple con dos objetivos, "disuadir daños futuros a civiles, y proveer a las víctimas con un sentido de retribución"[31]. Sin embargo, ¿a quién se responsabilizaría en el caso de que ataques a civiles fueran causados por el actuar de un arma autónoma?

Como regla general, todo crimen de guerra debe cometerse intencionalmente. Normalmente, se debe probar que el acusado "actuó con la intención de cometer la violación o actuó imprudentemente"[32].

> En su comentario a los Protocolos Adicionales, el CICR determinó que actuar intencionalmente comprende hacerlo con una intención dolosa o de manera negligente o imprudente, definida como la actitud de un agente, quien si bien no tiene certeza de que cierto resultado va a ocurrir, acepta la posibilidad de que ocurra[33].

En concordancia con este estándar internacional, el artículo 30 del Estatuto de Roma prescribe lo siguiente:

> 1. Salvo disposición en contrario, **una persona será penalmente responsable y podrá ser penada por un crimen de la competencia de la Corte únicamente si los elementos materiales del crimen se realizan con intención y conocimiento de los elementos materiales del crimen.**
>
> 2. A los efectos del presente artículo, se entiende que actúa intencionalmente quien:
>
> a) Con cierta conducta, se propone incurrir en ella;

30 Traducción libre. Ohlin, Jens David. *Óp. cit.*, p. 1373.
31 Traducción libre. Human Rights Watch. *Losing Humanity The Case Against Killer Robots*, 19 de noviembre de 2012. https://www.hrw.org/report/2012/11/19/losing-humanity/case-against-killer-robots., p. 42.
32 Traducción libre. Ohlin, Jens David. *Óp. cit.*, p. 1375.
33 *Ibíd.*

> b) Conociendo la consecuencia, se propone causarla o permite que se produzcan en el curso normal de los acontecimientos.
>
> 3. **A los efectos del presente artículo, por "conocimiento" se entiende la conciencia de que existe una circunstancia o se va a producir una consecuencia en el curso normal de los acontecimientos.** Las palabras "a sabiendas" y "con conocimiento" se entenderán en el mismo sentido. (Énfasis añadido).

En este sentido, es claro que las armas autónomas no actúan con intencionalidad, sea esta dolosa, negligente o imprudente. Al contrario, el cometimiento de crímenes de guerra por su parte responde a situaciones o actuaciones impredecibles, o en ciertos casos, podría responder a actos intencionales de las personas involucradas en su desarrollo, programación y uso.

Además de exigirse el elemento subjetivo de intencionalidad, en el derecho penal internacional "los individuos son responsables por los crímenes de guerra que cometan o estén directamente involucrados en cometer, lo cual podría incluir la planificación u orden de llevar a cabo el acto en cuestión"[34]. A partir de la "intencionalidad" previamente analizada, la regla general es que ninguna persona podría ser considerada directamente responsable por las acciones no intencionales, independientes, y muchas veces impredecibles de las armas autónomas. Al respecto, el CICR, en el Reporte de la Trigésimo Segunda Conferencia sobre DIH y los desafíos de los conflictos armados contemporáneos, determinó respecto a la atribución de responsabilidad a las personas involucradas en la programación y despliegue de estas armas que:

> Es posible que no tengan los conocimientos ni la intención necesaria para tal determinación, debido al hecho de que es la máquina quien toma las decisiones relativas a la selección de los objetivos. Asimismo, puede suceder que los programadores no conozcan las situaciones concretas en las que se desplegará el sistema más adelante y en las cuales se pueden producir las violaciones del DIH[35].

No obstante, la persona que programe un arma autónoma para cometer un crimen de guerra o la que, a sabiendas de esto, decida emplear dicha arma en combate, al igual que la persona que la despliegue de manera imprudente sin poder prever su desempeño o efectos, sería responsable por la comisión de graves violaciones al DIH o crímenes de guerra[36]. Sin perjuicio de lo antes mencionado, en los casos en que ninguna persona es directamente responsable por el actuar ilícito de un arma autónoma, es decir ninguna persona la programó, empleó o contribuyó directamente a que esta cometa un hecho ilícito, el atribuir responsabilidad al arma misma sería imposible, justamente por la ausencia de intencionalidad[37].

34 *Id.*, p. 1376.
35 CICR. *El derecho internacional humanitario y los desafíos de los conflictos armados contemporáneos.* XXXII Conferencia Internacional de la Cruz Roja y la Media Luna Roja. Ginebra: CICR, 2015, p. 61.
36 *Ibíd.*
37 Ohlin, Jens David. *Óp. cit.*, p. 1377.

Finalmente, es imperante analizar la responsabilidad indirecta prevista por el derecho internacional. Usualmente, no se responsabiliza a los comandantes por las acciones u omisiones de sus subordinados, por el simple hecho de que estos últimos son personas que toman decisiones autónomas. La excepción a esta regla general ocurre en el caso de que se verifiquen los siguientes elementos: (i) control efectivo sobre el subordinado, y (ii) el comandante sabía o debía saber que su subordinado planeaba cometer un crimen, y aun así no tomó ninguna acción para prevenirlo o no lo castigó después de cometerlo[38]. Esta doctrina responde a una culpa en particular, la falta de prevención de crímenes de guerra o la falta de disuadir a otros de su cometimiento al no castigar a los que sí los cometen[39]. Respecto al primer elemento, este sería casi imposible de verificar, ya que el carácter autónomo de estas armas dificulta de sobremanera su control o comando[40]. Respecto al segundo elemento, y considerando que las armas autónomas no cometen crímenes de guerra intencionalmente, sería infructuoso que un superior activamente busque prevenir que dichas armas cometan un crimen, o las castigue en el caso de cometerlo.

En el evento en que una persona estuviere encargada de la supervisión y monitoreo de estos sistemas, muchas veces no podría prevenir o detener un ataque ya desplegado, toda vez que estas armas están programadas para reaccionar de una manera más ágil y rápida que cualquier humano[41]. Dicho esto, una persona podría ser indirectamente responsable por los hechos ilícitos cometidos por un arma autónoma en el caso de conocer la probable ocurrencia de los mismos y no hacer nada para prevenirlos. No obstante, para incurrir en responsabilidad indirecta, se debe verificar el estándar internacional dispuesto por el Tribunal Penal de la Antigua Yugoslavia, el cual determina que la persona debe haber recibido información suficiente para conocer de un posible riesgo que justifique realizar una investigación respecto a aquel[42]. En el caso de las armas autónomas, ¿que constituiría información suficiente sobre un riesgo que justifique realizar una investigación a profundidad? Jens David Ohlin determina que

> el hecho de que un arma autónoma tenga la capacidad de actuar de manera independiente y por ende impredecible, por sí misma no es suficiente para alertar a los comandantes sobre su uso; ya que si ello fuera suficiente, los comandantes estarían constantemente pendientes del cometimiento de un hecho ilícito por sus soldados humanos, convirtiendo a este elemento independiente en innecesario[43].

En este sentido, es prácticamente imposible predecir con exactitud cuando un arma autónoma podría cometer un crimen de guerra que justifique la obligación de prevención por parte del superior o comandante de la misión, dificultando sobremanera la atribución de responsabilidad en el caso inevitable de que dichas armas causen

38 *Id.*, p 1378.
39 *Ibíd.*
40 Human Rights Watch. *Óp. cit.*, p. 42.
41 Ohlin, Jens David. *Óp. cit.*, p. 1380.
42 *Ibíd.*
43 *Id.*, p. 1381.

la muerte o lesiones de civiles o personas protegidas por el DIH. Con base en los argumentos expuestos, se puede concluir que el uso de armas autónomas promueve la impunidad y dificulta la atribución de responsabilidad por el cometimiento de hechos ilícitos, graves violaciones al DIH o crímenes de guerra, vulnerando no solo el DIH, sino los presupuestos básicos de la responsabilidad internacional.

## 5. Comparación con otros métodos y medios restringidos en un contexto de conflicto armado

Todo método y medio utilizado en el contexto de un conflicto armado debe analizarse a través de la prohibición de generar males superfluos y sufrimiento innecesario. De acuerdo a Nils Melzer, se debe encontrar un balance entre la necesidad militar y el principio de humanidad, con miras a evitar daños mayores a los que sean inevitables para alcanzar un objetivo militar legítimo[44]. De igual manera, se debe evitar utilizar cualquier arma que no respete el principio de distinción, y que por su naturaleza promueva los ataques indiscriminados y los daños colaterales excesivos. En este sentido, se ha restringido o prohibido el desarrollo, empleo, almacenamiento y uso de varias armas que no cumplen los principios rectores del DIH.

No obstante, el hecho que un medio o método de guerra no esté prohibido o restringido, no permite su uso indiscriminado y sin ninguna consideración humanitaria. El principio de humanidad —conocido también como cláusula Martens—, recogido en el numeral segundo del artículo 1 del Primer Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra establece:

> En los casos no previstos en el presente Protocolo o en otros acuerdos internacionales, las personas civiles y los combatientes quedan bajo la protección y el imperio de los principios del derecho de gentes derivados de los usos establecidos, de los principios de humanidad y de los dictados de la conciencia pública[45].

En virtud de ello, el uso de toda arma nueva debe ser analizado bajo el DIH. El Consejo de Delegados del Movimiento Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja, en su Informe sobre las Armas y Derecho Internacional Humanitario, estableció:

> El artículo 36 del Protocolo adicional I (PAI) obliga a cada Estado parte a determinar si el empleo de un arma, medio o método de guerra nuevo que desarrolle o adquiera, en ciertas condiciones o en todas las circunstancias, estaría prohibido por el derecho internacional. Incluso en el caso de los Estados que no son parte en el PAI, los exámenes jurídicos de las armas nuevas son fundamentales para asegurar que sus fuerzas armadas sean capaces de conducir las hostilidades de conformidad con sus obligaciones internacionales[46].

44 Melzer, Nils. *Óp. cit.*, p. 110. Refiriéndose a la Opinión Consultiva de la CIJ respecto a las Armas Nucleares.

45 Protocolo Adicional I…*Eiusdem*. Artículo 1.

46 Consejo de Delegados del Movimiento Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja. *Armas y derecho internacional humanitario (Informe sobre la aplicación de la resolución 7 del Consejo de Delegados 2013)*. Ginebra: CICR, 2015. p. 16.

A su vez, el artículo 36 del Primer Protocolo Adicional prescribe lo siguiente:

> Cuando una Alta Parte contratante estudie, desarrolle, adquiera o adopte una nueva arma, o nuevos medios o métodos de guerra, tendrá la obligación de determinar si su empleo, en ciertas condiciones o en todas las circunstancias, estaría prohibido por el presente Protocolo o por cualquier otra norma de derecho internacional aplicable a esa Alta Parte contratante[47].

En este sentido, es imperante analizar el uso de las armas autónomas a la luz de la normativa del DIH, con el objeto de determinar si su empleo estaría prohibido en toda circunstancia (medio prohibido), o en ciertas circunstancias (método prohibido).

La Corte Internacional de Justicia (en adelante CIJ), en su Opinión Consultiva respecto a la Legalidad de la Amenaza o Uso de Armas Nucleares emitida en 1996, establece varios lineamientos importantes al momento de analizar si un arma está amparada bajo los principios básicos del DIH. Respecto al principio de distinción, la Corte determina que, "los Estados nunca deberán constituir a la población civil como objeto de ataque y en consecuencia, nunca deberán utilizar un arma incapaz de distinguir entre civiles y objetivos militares[48]". Posteriormente, determina que las armas nucleares nunca cumplirán el principio de distinción entre civiles y combatientes o entre bienes civiles y objetivos militares, ya que los efectos que estas armas generan -explosión, impacto, radiación y número de bajas- no podrían ser restringidos a objetivos militares en tiempo ni en espacio[49]. En este sentido, y considerando el análisis realizado previamente respecto al principio de distinción, no se puede sostener con seguridad que las armas autónomas no son incapaces de distinguir entre civiles y objetivos militares. Al contrario, dada la autonomía e imprevisibilidad de este medio de combate, el CICR y varios expertos de DIH han asegurado que los sistemas de armas autónomas contrarían el principio de distinción, razón por la cual deben ser reguladas.

Al determinar que las armas nucleares no cumplen el principio de distinción, la CIJ determinó que lo más probable es que estas infrinjan la prohibición de generar sufrimientos innecesarios a los combatientes (en caso de conflicto armado internacional)[50]. Dicha prohibición incluye el no agravar el sufrimiento de los combatientes, razón por la cual la decisión de los Estados respecto a qué medios emplear no es ilimitada[51]. Esto se debe a que los efectos de las armas nucleares descritos previamente no pueden ser reconciliados con dicha prohibición. La Corte determinó que si bien no puede determinar la legalidad o ilegalidad del uso de armas nucleares, ya que el mismo no está prohibido de manera convencional, este debería ser restringido al no cumplir los principios de DIH. En el año 2011, el Consejo de Delegados de Ginebra determinó que

47 Protocolo Adicional I…*Eiusdem*. Artículo 36.

48 Traducción libre. International Court of Justice. *Advisory opinion. Legality of the threat or use of nuclear weapons*, 1996. http://www.icj-cij.org/en/case/95, p. 35.

49 *Id*. 40.

50 *Id*., p. 40.

51 *Id*., p. 35.

las armas nucleares no son compatibles con las normas de DIH, "en particular con las disposiciones relativas a la distinción, la precaución y la proporcionalidad[52]". Asimismo, instó a los Estados a prohibir su uso y no volver a utilizarlas, independientemente a su opinión respecto a la legalidad de las mismas[53].

Si bien las armas autónomas, al igual que las armas nucleares, no están prohibidas, su uso es por lo menos cuestionable bajo los criterios descritos. Además, si se comparan los sistemas de armas autónomas con otros medios restringidos, como las armas racimo, los remanentes explosivos, las minas, entre otros, se puede concluir que las armas autónomas necesariamente deben ser reguladas y como mínimo restringidas, por el simple hecho de que ponen en riesgo a los bienes civiles, población civil y a otras personas protegidas por el DIH, ya que su autonomía imposibilita la seguridad de que cumplirán el principio de distinción, proporcionalidad y precaución, y la prohibición de causar daños innecesarios y males superfluos.

En este sentido, el CICR en su Reporte de la Trigésimo Segunda Conferencia sobre DIH y los desafíos de los conflictos armados contemporáneos, determinó que, "existe un amplio consenso en torno a la necesidad de conservar un control humano significativo, apropiado o efectivo sobre las funciones críticas de los sistemas de armas, sea por razones jurídicas, éticas y/o de política"[54]. En consecuencia, el Consejo de Delegados del Movimiento Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja, en su Informe sobre las Armas y Derecho Internacional Humanitario, instó "a los gobiernos a que evalúen con urgencia las consecuencias jurídicas y éticas de los sistemas de armas autónomos"[55], con el objeto de adoptar una convención internacional al respecto.

## 6. Retos para el Derecho Internacional Humanitario respecto al uso de armas autónomas

Los retos que plantean las armas autónomas pueden ser incluidos en los retos contemporáneos del DIH. Sin lugar a duda, uno de los mayores retos, y el cual fue analizado a lo largo de la tercera sección del presente trabajo, es si las armas autónomas respetan los principios de proporcionalidad, precaución y distinción. A partir del análisis realizado, se puede cuestionar si la programación de este tipo de armas puede asegurar el cumplimiento de funciones inherentes a personas naturales, como es la toma de decisiones inmediatas en caso en que las condiciones o circunstancias del ataque hayan cambiado o puedan cambiar.

Un segundo reto sobre estas armas vendría a ser la incertidumbre que acarrean al momento de reaccionar en ambientes complejos. Puesto que si bien existen pruebas para determinar sus actos, consecuencias y efectos, cuando están en modo

52 Consejo de Delegados del Movimiento… *Óp. cit.*, p. 11.
53 *Ibíd.*
54 CICR. *El derecho internacional humanitario… Óp. cit.*, p. 62.
55 Consejo de Delegados del Movimiento… *Óp. cit.*, p. 13.

totalmente autónomo es casi imposible predecir cómo reaccionará el arma. En consecuencia, desplegar un arma autónoma sin saber con completa seguridad cuáles serán sus posibles efectos, podría desembocar en una violación al DIH[56].

Como tercer reto, se cuestiona la falta de control humano al usar estas armas. Por un lado, se considera que las armas autónomas no reemplazarán a los humanos, si no que extenderán y complementarán sus habilidades[57]. Esto en virtud de que estas armas no experimentan cansancio, pueden acceder a lugares peligrosos que los humanos no podrían, ayudan a que se reduzcan las bajas humanas, y por último, representan una reducción de costos en cuanto a salarios, puesto que aviones y otros vehículos serían conducidos sin la necesidad de un humano[58]. Por otro lado, se sostiene que la ausencia de un humano, al momento de tomar decisiones cruciales como atacar o distinguir un civil de un combatiente, vulneraría los principios rectores del DIH, además de generar un vacío de responsabilidad. De igual manera, los sistemas autónomos generan cuestionamientos desde una perspectiva moral y social sobre el rol y responsabilidad de los humanos en el uso de la fuerza y en la privación de otra vida humana a través de un arma sobre la que no ejercen control[59]. Por estas razones, el factor humano es presentado como indispensable para la aplicación del DIH.

Un cuarto y final reto es la falta de regulación sobre este tipo de armas. Bajo el DIH, no existe un marco legal que prohíba o permita el uso de armas autónomas, puesto que ni las Convenciones de Ginebra y sus Protocolos Adicionales, ni las Normas de La Haya, establecen alguna regulación sobre las mismas. En virtud de ello, el reto de crear o incluir en alguna convención la regulación sobre estas armas, sea su prohibición o restricción, es algo que tendrá que darse tarde o temprano. Esta afirmación responde al hecho que los Estados no pueden utilizar armas que no tengan una regulación, puesto que estarían incumpliendo con las normas y principios básicos del DIH. Todo Estado está obligado a analizar si el empleo de medios y métodos nuevos está amparado o prohibido bajo el DIH, en toda circunstancia o en ciertas condiciones[60]. En consecuencia, será responsabilidad de los Estados y de las partes en conflicto, determinar si las armas autónomas están prohibidas o permitidas bajo el marco normativo que rige los conflictos armados.

## 7. Conclusiones

Sin duda alguna, el uso de armas autónomas presenta varios obstáculos para el DIH. No obstante, su desarrollo demuestra que esta rama del Derecho se encuentra en un constante proceso de evolución y transformación. En consecuencia, es urgente que los Estados parte de los Convenios de Ginebra así como de

56 CICR. Reporte sobre de la 32.ª… *Óp. cit.*, p. 45.
57 U.S Department of Defense (DoD). *July 2012 Task Force Report on the Role of Autonomy in DoD Systems*. http://fas.org/irp/agency/dod/dsb/autonomy.pdf (acceso: octubre de 2017).
58 Geneva Academy. "Autonomous Weapons Systems Under IHL". *Academy Briefing* No. 8 (noviembre de 2014).
59 CICR. Reporte sobre de la 32.ª… *Óp. cit.*, p. 47.
60 Protocolo Adicional I…*Eiusdem*. Artículo 36.

sus Protocolos Adicionales normen y regulen el uso de sistemas de armas autónomas. Ahora bien, existen varios puntos para debatir dentro de este tema: el cumplimiento de los principios rectores del DIH y la imposibilidad de atribuir responsabilidad por los daños que estos medios pudieren generar.

Respecto al primer punto, se ha demostrado que los sistemas de armas autónomas no están amparados bajo el marco jurídico del DIH, debido a que no cumplen con el principio de distinción al igual que atentan contra el principio de humanidad. La imprevisibilidad de actuación de estas armas y los cambiantes escenarios de los conflictos armados permiten concluir que las armas autónomas no podrán distinguir efectivamente entre personas civiles y combatientes, o entre bienes civiles y objetivos militares.

Respecto al segundo punto, el cual es el quid de la discusión acerca de las armas autónomas, el debate es muy rico y necesario. En caso de que un ataque realizado por este tipo de armas constituya una grave violación al DIH o un crimen de guerra, ¿quién responderá por dicho actuar ilícito? ¿Las personas que desarrollaron el sistema o las personas que lo desplegaron en un escenario de conflicto? Para Nils Melzer, en caso de que ocurra un crimen de este tipo, hay una obligación internacional de perseguir el mismo, aun cuando la "decisión final" del ataque haya sido tomada por un sistema de armas autónomas[61]. Sin embargo, del análisis de la normativa que rige la responsabilidad internacional, se puede concluir que, en ciertos escenarios, el atribuir responsabilidad a una persona natural será imposible, generando un vacío de responsabilidad y promoviendo la impunidad de actos internacionalmente ilícitos. Es clara entonces la necesidad de mantener un control humano sobre las armas empleadas en escenarios de conflicto armado.

En este sentido, la regulación de los sistemas de armas autónomas debe ser realizada con tenacidad y rigidez, con miras a evitar los vacíos legales que pueden poner en riesgo el objetivo principal del DIH, humanizar los conflictos armados. Cabe recalcar que es imposible detener el crecimiento y desarrollo de la tecnología, en este caso respecto al armamento como pieza clave de un conflicto. Por esta razón, nos sumamos a la posición del CICR, la cual tiene un valor de doctrina, respecto a la necesidad imperante de abrir el debate acerca de los desafíos inevitables y futuros del DIH, y hacer de los conflictos armados una situación lo menos lesiva posible. Debido a que, en la actualidad, estos sistemas no se encuentran regulados por ninguna norma positiva, no existe prohibición expresa o restricción respecto a su uso, por lo que reiteramos la urgencia de este debate. De igual manera, instamos a que los Estados determinen la legalidad de toda arma nueva bajo el marco jurídico del DIH, y en el caso de las armas autónomas, que su uso es contrario a la dignidad humana y a los presupuestos básicos de la responsabilidad internacional, razón por la cual deben promover su regulación de manera convencional.

61 Melzer, Nils. *Óp. cit.*, p. 45.




# *Equipo de arbitraje y litigio complejo*

Av. República 396 y Diego de Almagro. Edificio FORUM 300, Of. 504. Quito, Ecuador
Tel: (+593 2) 250 8039 / 250 8040 / 254 8477
firm@andradeveloz.com
www.andradeveloz.com
andrade-veloz-abogados
AndradeVelozA

# La excepción a la cosa juzgada en materia penal cuando se trata de indemnizaciones civiles

**Leonardo Coronel Larrea**
Universidad San Francisco de Quito USFQ, estudiante del Colegio de Jurisprudencia, Campus Cumbayá, Casilla Postal 17-1200-841, Quito 170901, Ecuador.
Correo electrónico: leonardocoronellarrea@hotmail.com / lcoronel@estud.usfq.edu.ec

**Anabela Chiriboga Bucheli**
Universidad San Francisco de Quito USFQ, estudiante del Colegio de Jurisprudencia, Campus Cumbayá, Casilla Postal 17-1200-841, Quito 170901, Ecuador.
Correo electrónico: anabela_ch2107@hotmail.com / achiriboga@estud.usfq.edu.ec

Recibido / Received: 26/02/2019
Aceptado / Accepted: 26/03/2019
DOI: 10.18272/lr.v6i1.1377

## Resumen

Dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano, se evidencia la extensión de facultades de los jueces penales, sobre la base del principio de reparación integral, para otorgar indemnizaciones civiles. En este sentido, existen inconvenientes cuando estos daños, supuestamente resarcidos, carecen de efectividad, metodología o forma correcta de cuantificación. De tal forma, la víctima queda indefensa con una errónea restitución, y aparece el problema de la cosa juzgada en sentencias penales que no cumplen su finalidad resarcitoria. Por lo tanto, es necesario buscar una solución a la problemática planteada, toda vez que la víctima no tiene por qué soportar daños que no los ha merecido, y mucho menos soportar indemnizaciones incorrectas. Para ello se analizará la institución de la *res judicata* y la posibilidad de dejar sin efectos sus características de inmutabilidad y definitividad. Además del aporte con otras formas de excepciones frente a la misma problemática, como son la prejudicialidad y la litispendencia.



## Palabras clave

responsabilidad civil; responsabilidad penal; reparación integral; prórroga de competencias; indemnización; cuantificación; cosa juzgada; partes procesales; objeto; fundamento; prejudicialidad; litispendencia


## *The Exception to The Res Judicata in Criminal Matters when It Comes to Civil Indemnities*


## Abstract

*Within the Ecuadorian legal system, there is evidence of the extension of the powers of criminal judges, based on the principle of integral reparation to grant civil indemnities. In this sense, there are disadvantages when these damages, supposedly compensated, lack effectiveness, methodology or correct form of quantification. Thus, the victim is left defenseless with an erroneous restitution, and the problem of res judicata appears in criminal sentences that do not fulfill their compensatory purpose. Therefore, it is necessary for this work to seek a solution to the problems raised, since the victim does not have to endure damages that he has not deserved, let alone bear incorrect compensation. To do this, the institution of res judicata and the possibility of leaving its immutability and definitive characteristics without effect will be analyzed. In addition to the contribution with other forms of exceptions to the same problem, such as prejudiciality and lis pendens.*



## Keywords

*civil liability, criminal liability, comprehensive reparation, extension of powers, compensation, quantification, res judicata, procedural parts, object, prejudicial, basis, lis pendens.*

## 1. Introducción

El término responsabilidad a lo largo de la historia ha ido evolucionando en su contexto según la época que lo analizaba. Con el pasar del tiempo, se han podido evidenciar las distintas posturas que la doctrina ha creado a partir del daño, la indemnización y su fuente obligacional. Esto conlleva el análisis histórico de la responsabilidad y su visión en diferentes momentos, que inicia con la evolución del derecho de responsabilidad por daños, para, con posterioridad, aterrizar en el derecho ecuatoriano. En este último, se encajará un análisis profundo del modo en el que se percibía a la responsabilidad de manera general, con una analogía del sistema actual.

De esta manera, se podrán evidenciar los rezagos de un sistema jurídico ya derogado, pero que, sin duda alguna, se lo evidencia en la actualidad por una confusión entre la responsabilidad civil y penal. Sin embargo, tras ser analizados, se podrá verificar su total independencia y diferenciación, toda vez que su fundamento o fuente es distinta, así como su objeto y finalidad.

Debido a la nueva legislación penal, es decir la publicación del Código Orgánico Integral Penal (en adelante COIP), han aparecido nuevos retos y problemas jurídicos con respecto al Derecho de Responsabilidad por Daños. Estos se pueden evidenciar si son analizados de la mano del principio de reparación integral, consagrado, tanto en la Constitución como en el COIP. Ya que este principio es la fuente para la existencia de una prórroga de competencias civiles que recaen sobre el juez penal, cuando este considere acorde otorgar indemnizaciones civiles para resarcir el daño sufrido por la víctima del delito penal.

El problema en cuestión no es la extensión de competencias, o la extensión de facultades que recibe el juez penal, sino cómo este desarrolla y ejecuta estas funciones con respecto a la reparación del daño sufrido por la víctima. Es decir, se evidencia una ausencia de estructura y conocimiento con respecto a la correcta cuantificación de daños. Por lo que la solución que se plantea es la posibilidad de acceder a la vía civil, una vez establecido el cálculo en sede penal, debido a que la apreciación del juez penal, en varios casos, es errónea o sin método aplicable ya que se busca que el daño, nada más que el daño, sea resarcido.

Por lo tanto, este trabajo tratará de abordar la posibilidad de recurrir a la instancia civil y destruir los efectos de cosa juzgada en materia penal. Con el objetivo de que el agraviado pueda acceder bajo toda circunstancia a la finalidad que, como víctima, busca, es decir una indemnización correcta que aborde todos los perjuicios y menoscabos sufridos.

Finalmente se propondrá otras excepciones que, para efectos prácticos, pueden ser analizadas, para evitar que aquellas se interpongan frente al afán de la víctima de ser indemnizada en legal y debida forma.

## 2. Algunos antecedentes

Se hará un recuento del contexto histórico y se tratará de abordar todas las aristas posibles frente al problema jurídico planteado. Por lo tanto, es preciso esclarecer cada término que se emplea dentro del documento. De esta manera, el primer término por aclarar es responsabilidad. En el lenguaje filosófico, esta palabra abarca la posibilidad de preguntarle a otro obligándole a responder con explicaciones y también a conceder una satisfacción. López Olaciregui expresa que la "[r]esponsabilidad se compone de tres supuestos: (i) Un acto de un individuo, (ii) Un deber, (iii) Una infracción"[1]. En cambio, para Atilio Alterini el fondo y el sentido que se le debe otorgar a la palabra responsabilidad se limita a la reparación que deriva de una sanción[2].

Este término ha ido evolucionando a lo largo del tiempo; sin embargo, sus primeros rasgos aparecen dentro del Derecho Romano. Este es la fuente del nacimiento de la responsabilidad. Sin embargo, no se podía hablar de un principio general de responsabilidad, debido a que el derecho de aquella época no estaba familiarizado con el término *obligatio*, más bien, se centraba en la palabra *nexum*, cuyo significado es ligar o anudar[3]. Este vínculo poseía un carácter material, se encontraba establecido por la Ley de las XII Tablas, donde decía que el deudor que no cumplía con lo que debía, podía ser tomado por el acreedor para que responda por su deuda con su propio cuerpo[4].

Por lo tanto, se puede concluir que, en la Roma primitiva, no existía la diferenciación entre responsabilidad civil y penal, tampoco se evidenciaba nada respecto a otros pueblos primitivos que existían. Lo que primaba en ese tiempo era la venganza privada y reparar el daño mediante la Ley del Talión, que se fundamenta en el: "[o]jo por ojo, diente por diente", ya que la venganza o autotutela es considerada el primer mecanismo de composición del conflicto generado por el cometimiento de un daño.

En dicha época existían dos categorías de daños. La primera se refiere a aquellos que nacían de un delito público y los que provenían de uno privado[5]. Esta división se produce debido a la *lex aquilia*. Sylvia Sack Ramos manifiesta que:

> Por la *crimina publica,* el hecho dañino podía ser perseguido por cualquier miembro de la comunidad, dado su carácter público; en cambio, en los delitos privados, solamente los afectados podían perseguir el acto pernicioso, en cuyo caso la pena consistía en un resarcimiento económico. Sin embargo, el autor del ilícito no

1 López, Olaciregui, José María. *Lecciones de Derecho Civil, parte segunda, volumen II, La responsabilidad civil*. Buenos Aires: Zavalía, 1989, p. 68.
2 Alterini, Atilio. *Temas de responsabilidad civil: contractual y extracontractual*. Buenos Aires: Astrea, 1995, p. 550.
3 Morel, Juan. *Responsabilidad civil a través de la Historia*. Buenos Aires: Tiempo, 1997, p. 12.
4 *Ibíd.*
5 Sack Ramos, Sylvia Jacqueline. "Responsabilidad civil en el nuevo proceso penal". *Revista*. (2015), p. 21.

> quedaba sometido meramente a una sanción pecuniaria, pues para él nace la obligación de pagar una suma de dinero, de satisfacer un crédito equivalente al valor de la cosa destruida; es decir, nace la idea de la obligación proveniente del delito[6].

Es necesario mencionar la importancia del *corpus iuris civilis*, donde se presenció la modificación del sistema de la *lex aquilia*, ya que en su aspecto objetivo se extendió el concepto de daño material, mientras que, en el aspecto subjetivo consideraba que el hecho dañoso no era aceptado como punible cuando estaba exento de culpa o dolo[7]. Finalmente, se ampliaron los supuestos de las personas que podían ejercer esta acción.

Mediante la *actio legis aquiliate*, había la posibilidad de solicitar la indemnización de un daño o un perjuicio sufrido comprendiendo el daño emergente y el lucro cesante, a tal punto que, como expresa Peirano: "[l]a acción […] perdió más y más su carácter penal hasta el punto de presentar al final de la evolución el Derecho Romano el carácter de una acción no penal, destinada principalmente a obtener la reparación del daño acarreado por el hecho"[8].

Con respecto al Derecho Francés, se evidencia un progreso de suma importancia. En este se comienza a observar por primera vez la separación de la responsabilidad civil de la penal con la creación del Ministerio Público, a través de la Ordenanza del 25 de marzo de 1302[9]. Sin embargo, es necesario hacer referencia que la distinción entre ambas instituciones no fue absoluta, ya que la acción que se le confirió a la víctima nunca dejo de mantener en algo su origen de carácter penal, más que nada cuando se hablaba de un daño o perjuicio que afectara a la integridad o el honor de un individuo.

El deber más importante de este antiguo derecho no es solo el de haber creado una separación y distinción entre la responsabilidad civil y la penal, sino que además ofreció el inicio de un principio general de responsabilidad civil.

El Código Francés, o también conocido como el Código Napoleónico, es el antecedente moderno del régimen de resarcimiento de daños extracontractuales. Por un lado, en el artículo 1382 del código antes mencionado prescribe que el hecho intencional da lugar a la reparación[10]. Por otro lado, en su artículo 1383 dice que "[c]ada cual es responsable del daño que ha causado, no solo por su hecho, sino también por su negligencia o imprudencia"[11].

6 *Ibíd.*
7 Ortega Carrillo, Antonio. *Derecho Privado Romano*. Málaga: Ed. del Genal, 2010, p. 65.
8 Peirano Facio, Jorge. *Responsabilidad extracontractual*. Uruguay: Editorial 101, 2016, p. 114.
9 Mazeaud, Henri; Mazeaud, León; y Mazeaud, Jean. *Lecciones de Derecho Civil.* Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1965, p. 361.
10 Código Civil de Napoleón (1804). Artículo 1382.
11 *Eiusdem.*

La mayoría de los ordenamientos jurídicos continentales han utilizado de inspiración y ejemplo, tanto al Derecho Romano, como al Derecho Francés, por lo que son las fuentes primordiales del sistema que en la actualidad se acoge. Sin embargo, estos sistemas jurídicos han presenciado un cambio a partir de la evolución y avances que la humanidad ha creado.

Debido al notable desarrollo en las grandes industrias, los trabajadores se vieron sometidos a varios accidentes laborales, lo que dio paso a la llamada teoría del riesgo. Es ahí, donde por primera vez se habla no solo de una reparación por los daños que ha sufrido la víctima, también se hace referencia a una sanción a quien ha incurrido en ciertas faltas que vulneren el orden social. Posteriormente es la misma sociedad que va a ser quien corresponsabilizada de algún modo, da origen a lo que conocemos como teoría de la distribución social de daños, que al mismo tiempo incluyo un sistema de precios y también la contratación de seguros[12].

Tras la década de los setenta, a partir de las teorías de la responsabilidad civil, fue creándose una teoría sobre el Derecho de daños, la cual ha provocado el desarrollo de principios básicos de la responsabilidad civil, como la culpa y el riesgo; atribuyéndosele la función de prevenir comportamientos antisociales, establecer indemnizaciones para las víctimas y garantizar los derechos de las personas. Acota el autor Gálvez Villegas que lo que se pretende con la reparación del daño, autónomamente del reproche o la culpa del agente, es modificar la responsabilidad civil, concediendo responsabilidad al causante del daño a través de factores objetivos de imputación, además de factores clásicos subjetivos, que vienen a ser la culpa y el dolo[13].

## 3. El antiguo derecho ecuatoriano

Tras la exposición de cómo ha ido evolucionando la responsabilidad a lo largo de la historia. Es necesario aterrizar en el anterior ordenamiento penal ecuatoriano, por su gran importancia e incidencia con respecto al Derecho de Responsabilidad por Daños civiles.

Este cuerpo normativo derogado evitaba el poder hacer una distinción entre las responsabilidades civil y penal. Por lo tanto, es menester hace referencia al artículo 41 del antiguo Código de Procedimiento Penal el cual prescribía:

> Las sentencias ejecutoriadas en los procesos civiles no producen el efecto de cosa juzgada en lo penal, excepto las que deciden las cuestiones prejudiciales indicadas en el artículo anterior. Las sentencias ejecutoriadas en los procesos penales producen el

12 Roppo, Vicenzo; y Alpa, Guido. *Responsabilidad civil. Líneas fundamentales y nuevas perspectivas*. Lima: Juristas Editores, 2007, p. 49.

13 Gálvez Villegas, Tomás Aladino. *Responsabilidad civil extracontractual y delito.* Lima: Universidad Nacional Mayor de San Marcos, 2008, p. 38.

> efecto de cosa juzgada, en lo concerniente al ejercicio de la acción civil, solo cuando declaran que no existe la infracción o, cuando existiendo, declaran que el procesado no es culpable de la misma. Por tanto, no podrá demandarse la indemnización civil derivada de la infracción penal mientras no exista una sentencia penal condenatoria ejecutoriada que declare a una persona responsable de la infracción[14].

Lo antes mencionado se puede ratificar con la sentencia del caso "El Gran hermano", donde el economista Rafael Correa dedujo ante la Jueza Quinta de lo Civil una acción por daño moral en contra de los periodistas Juan Carlos Calderón Vivanco y Christian Gustavo Zurita Ron sobre la base de ciertas afirmaciones contenidas en la obra que le habrían provocado perjuicios extrapatrimoniales[15]. Es necesario mencionar que, por la forma en que se planteó la demanda, para que procediera la acción civil, era necesaria una condena penal previa, firme y ejecutoriada.

Los casos de prejudicialidad civil para el ejercicio posterior de la acción penal se encontraban taxativamente enumerados en la ley. La situación opuesta, esto se refiere, de lo penal a lo civil, opera en función de un principio genérico de admisibilidad. En efecto, estos últimos estaban basados en la necesidad que exista una sentencia penal condenatoria y ejecutoriada respecto de cualquier infracción penal previo al ejercicio de la acción civil de daños y perjuicios.

Si la Jueza, sobre la base de los hechos y fundamentos jurídicos que el actor alegó, encontró que las conductas de los demandados se encasillaban dentro de los tipos penales, era necesario que el juez de garantías penales resuelva la causa y determina la declaratoria de responsabilidad penal.

El artículo 2232, inciso segundo, del Código Civil del Ecuador expresa:

> "[D]ejando a salvo la pena impuesta en los casos de delito o cuasidelito, están especialmente obligados a esta reparación [léase indemnización] quienes, en otros casos de los señalados en el artículo anterior, manchen la reputación ajena, mediante cualquier forma de difamación"[16].

Ha de entenderse que quien era declarado culpable de un delito penal de injuria en sentencia condenatoria se encontraba obligado, junto a las indemnizaciones por daños y perjuicios patrimoniales, a la indemnización por daño moral. Sin embargo, para el ejercicio de cualquiera acción civil, se requería, previamente, de la sentencia penal condenatoria ejecutoriada.

A partir de este análisis, se entiende que en Ecuador no se hacía una diferencia entre la responsabilidad civil y la responsabilidad penal, ya que, para fines, tanto

14 Código de Procedimiento Penal. Artículo 41. Registro Oficial No. 555 Suplemento de 24 de marzo de 2009.

15 Corte Suprema de Justicia. Sala de lo Civil y Mercantil de la ex Corte Suprema de Justicia. *Caso 79-2003*. Sentencia, 6 de febrero de 2009.

16 Código Civil. Artículo 2232. Registro Oficial No. 46 Suplemento de 22 de mayo de 2016.

teóricos como prácticos, eran consideradas como iguales, además de ser producto de una misma fuente. Actualmente, el contenido descrito ha cambiado a partir de la publicación del COIP, cuerpo normativo que soluciona este inconveniente, pero genera otros con respecto a las indemnizaciones que el juez penal tiene la facultad de otorgar a la víctima.

## 4. La distinción entre responsabilidad civil y responsabilidad penal

Es importante analizar y aclarar cada término empleado dentro de la hipótesis planteada dentro de este trabajo. Para ello es importante utilizar las palabras de Guillermo Cabanellas que, en su *Diccionario Jurídico Elemental*, se refiere a la responsabilidad como "[l]a obligación de reparar y satisfacer por uno mismo o, en ocasiones especiales, por otro, la pérdida causada, el mal inferido o el daño originado"[17].

En la obra *Responsabilidad civil en el nuevo proceso penal*, de Sylvia Sack Ramos, se encuentra el siguiente pensamiento:

> En términos simples, la responsabilidad es el conjunto de consecuencias de una acción u omisión ilícitas, de las cuales derivan la obligación de satisfacer el daño o la pérdida causada. Responsabilidad también se denomina a la capacidad de un ser humano de discernir sus acciones a través de su voluntad razonada, de manera que pueda asumir el compromiso de sus acciones […] en sentido jurídico responsabilidad puede definirse como la situación del sujeto al que le toca experimentar, concretamente las consecuencias, para él desventajosas que una norma prevé y le impone atendiendo a la verificación de un determinado presupuesto[18].

La distinción entre responsabilidad civil y responsabilidad penal, según Francesco Carnelutti, son la pena y la restitución. La restitución tiene por objeto la cosa; la penitencia tiene por objeto al hombre. Bajo esta premisa el autor aclara la esfera donde se encuentra cada elemento: "La penitencia tiende a poner en su lugar las cosas; la pena, a poner de nuevo en su lugar al hombre"[19]. Por lo tanto, es evidente que existe una diferenciación entre responsabilidades desde cualquier óptica vista.

Por consiguiente, se puede afirmar que el ordenamiento jurídico distingue la responsabilidad civil y la responsabilidad penal de conformidad con las acciones u omisiones del ser humano, generando, en el caso de las primeras, una reparación del daño causado dentro de la esfera civil; y, en el caso de la segunda, enfrentando una pena determinada en la ley en la órbita penal.

17 Cabanellas de la Torres, Guillermo. *Diccionario Jurídico Elemental*, Buenos Aires: Heliasta, 1982, p. 283.
18 Sack Ramos, Sylvia Jacqueline. *Óp. cit.*, p. 27.
19 Carnelutti, Francesco. *Derecho Procesal Civil y Penal*. México: Harla, 1994, p. 35.

La responsabilidad civil busca el resarcimiento de un daño sea este patrimonial o extrapatrimonial y este se reduce a una cuestión económica. En cambio, al hablar de responsabilidad penal el tema central es la pena, que es la consecuencia de un acto u omisión ilícito, que debe ser típico, antijurídico y culpable, con la finalidad que el autor de la conducta soporte la sanción que le impone la ley.

Siguiendo la misma línea interpretativa, existen varias diferencias entre estos tipos de responsabilidades. Una de ellas radica en su carácter personalísimo, por cuanto la responsabilidad penal puede incidir únicamente sobre el infractor de la ley; por el contrario, la responsabilidad civil puede recaer sobre terceros, conocida como responsabilidad vicaria.

Otra de estas es que la responsabilidad penal no es transigible, ya que se trata de conductas que no respetan los derechos constitucionales reconocidos, ni los diferentes bienes jurídicos protegidos, debido a que vulneran y atacan el interés general. No puede el agraviado en ninguna circunstancia evitar o tratar de evitar que se apliquen las consecuencias previstas para quien ocasionó el daño, de manera que, no se puede transar, o dar paso a una negociación. Mientras que, si la responsabilidad civil es sujeto de estudio, se tendrá como consecuencia que esta materia y tipo de responsabilidad es transable, negociable, con la posibilidad y capacidad de llegar a un acuerdo, por ser eminentemente patrimonial"[20].

Con respecto a la ausencia de responsabilidad, dentro de la responsabilidad penal, existen cinco formas en las que el hecho antijurídico deja de serlo. Son conocidos como causas de justificación y son: (i) la legítima defensa; (ii) el estado de necesidad justificante; (iii) el consentimiento de titular; (iv) la orden de autoridad; y, (v) el mandato de ley. Mientras que, en la responsabilidad civil los eximentes de responsabilidad son los siguientes: (i) el hecho realizado por un tercero; (ii) el caso fortuito o la fuerza mayor; y, (iii) la culpa exclusiva de la víctima.

En cuanto a la responsabilidad civil, podrían existir excepciones a este principio, sin afirmar que no se aplique en materia civil, toda vez que la culpabilidad se puede presumir en casos como: (i) el daño moral y la aplicación del *in re ipsa* mediante una prueba indiciaria del daño; (ii) las actividades peligrosas; (iii) hechos de terceros; y. iv) la responsabilidad subjetiva con inversión de la carga de la prueba[21].

Finalmente, dentro de la responsabilidad penal no existen presunciones de culpabilidad, por la existencia del principio de presunción de inocencia, que cobija y favorece a quien se dice que cometió el ilícito que causó el daño. La Constitución de la República del Ecuador, en su artículo 76, numeral 2 prescribe: "Se presumirá la inocencia de toda persona, y será tratada como tal, mientras no se declare su

20 Martínez Rave, Gilberto. *Responsabilidad civil extracontractual*. Bogotá: Temis, 1998, p. 108.
21 *Id.*. p. 110.

responsabilidad mediante resolución firme o sentencia ejecutoriada”[22]. Es el Estado quien tiene el deber de demostrar que el hecho en cuestión es punible para proceder a exigir la responsabilidad penal; de no lograrse lo antes mencionado, el autor tendrá que ser absuelto por la presunción de inocencia.

## 5. El principio de reparación integral

De acuerdo con la definición que da el *Diccionario de la Real Academia*, reparar es: “Desagraviar, satisfacer al ofendido, remediar o precaver un perjuicio o daño”[23], mientras que la Corte Interamericana de Derechos Humanos manifiesta que “[l]a reparación es el término genérico que comprende las diferentes formas de garantizar al lesionado el goce de su derecho transgredido[24].

La reparación integral, en términos generales, supone volver al estado de cosas anterior a la comisión del daño. En este sentido, el COIP se ocupa en varios artículos de la reparación a las víctimas bajo el presupuesto de que se ha declarado la culpabilidad del infractor, en cuyo caso el juzgador deberá disponer también la reparación integral a favor de la víctima y debe hacerlo de manera motivada, determinando el monto económico que la persona sentenciada debe pagar a favor del agraviado.

El artículo 52 del COIP prescribe, acerca de la finalidad de la pena del imputado, que la persona condenada está obligada a la reparación del daño de quien lo sufre[25]. De la misma manera, el art. 78 del código citado establece los mecanismos de reparación integral y, en su numeral 3, ordena las indemnizaciones de daños materiales e inmateriales que se refieren a la compensación por todo perjuicio que resulte como consecuencia de una infracción penal y que sea evaluable económicamente[26]. En el mismo sentido, el artículo 619 contempla los requisitos de la decisión judicial y su numeral 4 de indica que, una vez declarada la culpabilidad y la pena, el juzgador dispondrá la reparación integral de la víctima siempre que esta sea identificable[27].

Igualmente, el artículo 621 de este cuerpo normativo obliga a que esta incluya una motivación completa y suficiente en lo que tiene que ver con la responsabilidad penal, con la determinación de la pena y la reparación integral al agraviado. El artículo 622 regula los requisitos de la sentencia y, en su numeral 6, indica que se debe considerar como uno de los requisitos la condena por la infracción que ocasionó los daños que se van a reparar integralmente con la determinación del

22 Constitución de la República del Ecuador. Artículo 76.2. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.
23 Real Academia Española. (2014). *Diccionario de la lengua española* (24.ª ed.). Madrid: Real Academia Española.
24 Rojas Nash, Claudio. *Las reparaciones ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Chile: Andros Impresores, 2007, p. 102.
25 Código Orgánico Integral Penal. Artículo 52. Registro Oficial No. 180 Suplemento de 21 de julio de 2016.
26 Rojas Nash, Claudio, *Óp. cit.* p. 28.
27 *Id.*, p. 166.

monto económico que pagará la persona sentenciada a la víctima y demás mecanismos necesarios para la reparación integral[28]. Finalmente, el artículo 628 prescribe las reglas sobre la reparación integral en la sentencia, disponiendo que toda sentencia condenatoria deberá contemplar la reparación integral de la víctima[29].

La Constitución de la República del Ecuador, al establecer la protección a las víctimas en el artículo 78, dispone que se adoptarán mecanismos para la reparación integral y que esta incluirá, sin dilaciones, el conocimiento de la verdad de los hechos y la restitución, indemnización, rehabilitación, garantía de no repetición y satisfacción del derecho que se ha vulnerado[30]. De esta norma constitucional se puede deducir que la reparación integral debe ser eficaz, rápida y eficiente.

La reparación integral alcanza caracteres de suma importancia en la legislación ecuatoriana, en especial la materia penal. El COIP, en su artículo 78, prescribe los mecanismos de reparación integral indicando que son los siguientes: (i) la restitución; (ii) la rehabilitación; (iii) **las indemnizaciones de daños materiales e inmateriales**; (iv) las medidas de satisfacción o simbólicas; y, (v) las garantías de no repetición (énfasis añadido)[31].

Llevando a cabo un análisis de la ley vigente (COIP), se puede notar un cambio de la justicia, al dar mayor participación a las víctimas por una infracción penal, siendo necesario en las decisiones de quienes administran justicia la reparación para el agraviado. José Luis de los Mozos, en su obra *Responsabilidad civil de Derecho de daños*, plantea que, "[c]uando se alude al concepto indemnización se entiende de manera implícita que para ser tal debe cubrir el daño resarcible en su totalidad; de no ser el caso, no es una indemnización, más bien, sería considerado como un paliativo dinerario, una ayuda"[32].

En resumen, las víctimas gozan de plenos derechos recogidos por la ley del Ecuador, de manera que se garantiza el pronto acceso a la justicia, al mismo tiempo indica que tienen el derecho a la verdad y a formar parte activa durante el proceso penal.

La reparación integral como concepto es relativamente nuevo en el universo del Derecho ecuatoriano. La Carta Magna registra el derecho a la reparación integral como parte de un modelo de justicia nuevo, que busca no solo reconocer, sino también garantizar el derecho de los agraviados que han sufrido por agresiones penales a que lleguen a ser reparados de forma integral por los daños o perjuicios que se les haya ocasionado a razón del cometimiento de un ilícito.

28 *Id.*, p. 167
29 *Id.*, p. 168
30 Constitución de la República del Ecuador. *Eiusdem*, artículo 78.
31 Código Orgánico Integral Penal. *Eiusdem*, artículo 78.
32 De los Mozos, José Luis. *Responsabilidad civil. Derecho de daños.* Perú: Jurídica Grijley, 2006, p.227.

De todo lo mencionado, se puede deducir que la reparación integral para el sentenciado constituye una forma en la que se resarcen los daños ocasionados, sin perjuicio de la pena que las leyes establezcan para el delito causante del daño. Con respecto a la víctima, es un derecho que está garantizado tanto en la normativa constitucional, como en la ley penal ecuatoriana y busca la restitución del daño al momento anterior que ocurra. A partir de las normas citadas, no cabe duda de que el juez penal tiene facultades para otorgar indemnizaciones civiles dentro de sus resoluciones penales, por lo que se evidencia una prórroga de competencias en sus funciones, que podrían generar problemas fácticos y jurídicos con respecto a la correcta tasación de daños.

## 6. Sobre la prórroga de competencia

El término competencia proviene de *competer*, que significa corresponder, incumbir a alguien una cosa, es decir, la medida en que la jurisdicción es distribuida entre las diferentes autoridades jurisdiccionales[33]. Se sostiene entonces que, la competencia es aquel limite que se le impone a la jurisdicción. En palabras de Mattirolo, "[e]s la medida como se distribuye la jurisdicción entre las autoridades que [la] ejercen [...]. Es la parte de poder jurisdiccional [que posee] [...] cada juez o magistrado; [en su propia] medida"[34].

Se puede decir que la competencia es la aptitud legal para poder ejercer jurisdicción en un determinado proceso. Es menester recalcar que todos los jueces poseen jurisdicción, ya que son los representantes directos de la función jurisdiccional. Esta facultad puede ser puesta en práctica únicamente dentro de los límites que la competencia permitida legalmente. Al respecto, Teresa Armenta Deu sostiene que "[l]a competencia es el límite de la jurisdicción, razón lógica para que no todos los jueces tengan la misma competencia. Si el juez conociera de toda clase de asuntos desembocaría en un verdadero caos jurídico"[35].

En cuanto a la prórroga de la competencia, esta procede solamente respecto al elemento territorio. Al referirnos a los elementos materia, fuero y cuantía, existe un carácter normativo y no son susceptibles de prorrogación. El artículo 162, inciso 5 del Código Orgánico de la Función Judicial expresa que "[e]n ningún caso se prorroga la competencia en razón de la materia"[36].

Existen dos posturas al respecto. Por un lado, se encuentra la hipótesis guiada por el Código Orgánico de la Función Judicial, en la que no es aplicable en Ecuador la prórroga de competencias con respecto a la materia, según el artículo anteriormente citado. Por otro lado, existe la tesis que sostiene que, en el proceso penal,

33 Torrent, Armando. *Manual de Derecho Privado Romano*. Zaragoza: Liberia Central, 1987, p. 50.
34 Mattirolo, Luis. *Tratado de Derecho Judicial* Civil. Madrid: Reus, 1934, p. 115.
35 Armenta Deu, Teresa. *Lecciones de Derecho Procesal Civil.* Madrid: Ediciones Jurídicas y Sociales, 2015, p. 63.
36 Código Orgánico de la Función Judicial. Artículo 162. Registro Oficial No. 544 Suplemento 544 de 22 de mayo de 2015.

el juez tiene la posibilidad de prorrogar sus competencias para conceder la indemnización civil de daños y perjuicios a la víctima, una vez que se ha determinado la comisión de un delito. Bajo este presupuesto, es necesario recordar las normas establecidas en el COIP, con respecto a la indemnización de la víctima sobre la base del principio de reparación integral [*Supra* § 4].

Por lo tanto, la extensión de competencias que concierne al presente análisis "constituye una excepción […], que permite desplazar la competencia de un juez a otro para conocer […] un asunto litigioso"[37]. Ello en virtud que la teoría penal moderna contempla la reparación integral de los daños causados por el cometimiento de un delito[38]. De esta manera, se evidencia la posibilidad existente en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, de analizar esta extensión de competencias con el fin de dar una solución a la interrogante planteada.

## 7. El núcleo del problema. La inconformidad de la indemnización penal

En este momento todos los conceptos analizados anteriormente convergen y forman la duda planteada en un inicio. En efecto, una conducta ilícita que se juzga en el ámbito penal puede producir un resultado indemnizable de carácter civil. Por un lado, estas pueden traducirse como una afectación extrapatrimonial en contra de una persona, o como el COIP las recoge, un daño inmaterial. Por otro lado, también puede darse un perjuicio patrimonial en cuyo caso la indemnización se compone del lucro cesante y daño emergente, o daños materiales según la misma legislación penal. Por lo tanto. es evidente que, en estos casos, la responsabilidad civil nace desde una infracción que afecta negativamente un bien jurídico protegido y, por tal, el juez penal tiene el deber de buscar la reparación de la víctima en todo sentido y aspecto. Esto se refleja en dos ámbitos distintos que no deben ser fusionados, toda vez que ha quedado claro que el cumplimiento de la pena impuesta es totalmente distinto a la restitución que busca toda indemnización civil.

Ahora bien, una vez establecida las facultades del juez penal con respecto a temas civiles, con el propósito de no dejar indefenso a quien fue afectado en un bien jurídico y en su patrimonio, a simple vista no existiría problema alguno. Sin embargo, el problema aparece cuando estas indemnizaciones no cumplen con el deber primordial que es el resarcimiento de la víctima, sea por errónea o falta tasación del daño. Al respecto se ha pronunciado Jesús Silva al manifestar que esta forma de resolución no funciona; sin embargo, se la sigue utilizando por economía procesal, para evitar una peregrinación entre materias dentro del sistema jurisdiccional[39].

---

37 Alvarado Velloso, Adolfo. Introducción al estudio del Derecho Procesal. Argentina: Rubinzal-Culzoni, 1969, p.43.

38 López Barajas, Inmaculada. "Garantías constitucionales en la investigación tecnológica del delito: Previsión legal y calidad de la Ley". *Revista de Derecho Político* (2017), p. 15.

39 Silva Sánchez, Jesús María. Aspectos *de la llamada "responsabilidad civil" en el proceso penal*. Barcelona: Universitat Pompeu Fabra, 2001, p.completar.

Al ser considerado el Derecho Penal como una materia de *ultima ratio* en la que no debe existir duda alguna para utilizarla, el juez penal se ve en una encrucijada el momento de verificar los requisitos del delito y a la vez cuantificar los daños sufridos por la víctima. Dado que, todos estos aspectos deben ser enunciados y analizados el momento de dar la resolución del proceso. Además, la dificultad trasciende a esferas superiores cuando el juez dicta una indemnización sin analizar si quiera los daños, ya que no existe momento procesal alguno para hacerlo. Es por esta razón que Santiago Andrade Ubidia realiza una crítica al sistema y menciona que el juez debe analizar los daños para poder indemnizar de manera correcta, porque si no siempre existirán problemas con respecto a su tasación[40]. Por lo tanto, es totalmente contraproducente que el juez falle a ciegas, además de la ausencia de un método práctico de cuantificación que debe ser sustentado y motivado, por lo que los criterios deberían ser unánimes y vinculantes. Frente a esto, se evidencian los múltiples problemas que en pro de la economía procesal han ocurrido.

En este sentido se debe aclarar y establecer las dos formas en las que se puede obtener una indemnización civil dentro de un procedimiento penal, siempre como fundamento el principio de reparación integral consagrado en la Constitución y el COIP. La primera forma es mediante acusación particular de la víctima, este derecho está recogido en el art. 18 del COIP, que prescribe que la víctima tiene la opción de intervenir en el proceso mediante una acusación particular a su arbitrio[41]. De tal forma, el artículo 432 y posteriores del mismo cuerpo normativo, regulan su forma de presentación y efectos para fines de legalidad.

Dentro de una acusación particular, el fin último es que la víctima pueda ser resarcida, por lo que, en principio, esta renunciaría a la acción de daños en vía civil.

La segunda hipótesis en la que una víctima del ilícito penal puede recibir una indemnización en sentencia, se fundamenta en el art. 432 en su numeral 1 del COIP que prescribe que la víctima podrá ser resarcida, "por sí misma o a través de su representante legal, sin perjuicio de intervenir en todas las audiencias y de reclamar su derecho a la reparación integral, **incluso cuando no presente acusación particular"** (énfasis añadido)[42]. Es decir, a pesar de no ser acusador particular, la víctima puede ser indemnizada por los daños sufridos, ya que no es necesaria esta configuración, sino solo la identificación, correcta tasación del daño ocurrido.

El problema radica el momento en el que los jueces deben aplicar estas facultades que la ley otorga, toda vez que se han mencionado las dificultades con respecto al ejercicio de estas competencias. Si bien los jueces han utilizado sus funciones, es preciso analizar cómo han fallado con respecto a la reparación integral de la víctima para, de esta forma, llegar a una conclusión con respecto de las opciones

40 Ubidia Andrade, Santiago. *La indemnización de daños y perjuicios en la sentencia penal.* Cuenca: Universidad del Azuay, 2012, p. 45.
41 Código Orgánico Integral Penal. *Eiusdem*, artículo 18.
42 Ubidia Andrade, Santiago. *Óp. cit.*, p. 109.

del agraviado que no ha sido satisfecho en sus pretensiones o indemnizaciones con respecto al daño sufrido.

En el caso 1002-2013SP, la Sala de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia, tras el análisis respecto de un delito de violación, supo manifestar dentro de la decisión que "[s]e dispone reparación integral de la víctima"[43]. Este es el tenor literal que el tribunal utilizó para referirse al resarcimiento de daños que sufrió la víctima. En estos casos, existe la duda de cuáles son los mecanismos y como se debe indemnizar al agraviado. Además, si estas son reparaciones monetarias, no cuantificables o simplemente es un deber formal que se topa para cumplir con lo dispuesto en la ley.

De la misma manera, en el caso 147-2011 la Sala especializada en lo Penal se pronunció con respecto a un caso de robo, en el que se resolvió dar el monto de doscientos dólares de los Estados Unidos de América (200,00) a la víctima, sobre la base del principio constitucional de la reparación integral[44]. Este monto representaba lo perdido por el agraviado el momento del suceso, es decir una cuantificación solamente del daño emergente sufrido.

Tomando en cuenta ambos casos, se concluye que los jueces penales, en ciertos casos, no resarcen los daños que la víctima en realidad sufrió, a tal punto de solo pronunciarse declarando el derecho vulnerado y su respectiva necesidad de reparación, pero olvidándose del método de restitución. Por el contrario, existen casos en los que el juez identifica el daño material y la forma en la que se deben restituir, pero olvida el inmaterial o extrapatrimonial, que la víctima pudo haber pasado el momento en el que se perpetró el ilícito penal.

Asimismo, en el Juicio Penal 103-2015, dentro de un recurso de casación en el que la Corte Nacional de Justicia analizó un caso de asesinato, donde se ratificó la sentencia de la Corte Provincial de Pichincha, se podría desprender lo siguiente: "[A]tendiendo lo dispuesto por el artículo 78 de la Constitución de la República, como indemnización de daños y perjuicios deberá pagar al acusador particular la suma de doscientos mil dólares de los Estados Unidos"[45]. Sin embargo, no existía un análisis adecuado de la cuantificación del daño, pues es irrisorio que esta suma se refiera estrictamente al valor de la vida de la víctima, hablando de un daño inmaterial, o de lo que la víctima ganaba por su desarrollo profesional, hablando de daños materiales. Nuevamente se evidencia la falta de una motivación o justificación de la indemnización, y a qué daño específicamente se refiere, si se habla estrictamente de daños patrimoniales o se ingresa en la esfera de daños extrapatrimoniales.

43 Corte Nacional de Justicia. Sala de lo Penal. *Causa No. 1002-2013SP*, Sentencia, 22 de noviembre de 2013.
44 Corte Nacional de Justicia. Sala de lo Penal. *Causa No. 147-2011*, Sentencia, 18 de enero de 2013.
45 Corte Nacional de Justicia. Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito. *Causa No. 103-2015,* Sentencia, 23 de noviembre de 2015.

La pregunta que aparece en estos momentos es ¿qué puede hacer la víctima frente a una indemnización incompleta o deficiente? Por esta razón, con anterioridad, se había mencionado que, si *prima facie*, se utilizaba el mecanismo penal para resarcir daños, se perdía la instancia civil. Sin embargo, en ciertos casos es totalmente válido que el agraviado inicie una acción civil en busca del resarcimiento si los daños no fueron cuantificados o tasados de manera correcta, para evitar que la víctima no sufra un menoscabo que no tenía por qué padecer.

## 8. La cosa juzgada

Para Hernando Devis Echandía, la cosa juzgada es una institución contenida en la ley que sirve para expresar la voluntad del Estado frente a la inmutabilidad de los casos resueltos y declarados en sentencia por medio de los jueces que forman parte de la función jurisdiccional[46]. Esto trae como consecuencia el establecimiento de una "verdad" que debe ser respetada y acogida por todos como tal. En palabras de Enrique Falcón, esta irrevocabilidad e inmutabilidad no puede ser alterada en procesos posteriores, por lo que de estar acompañada del principio *non bis in idem*, para que todo reclamo posterior sea inadmisible cuando se pretenda discutir de lo ya decidido[47].

A simple análisis, resulta comprensible y sin dificultades la lectura de esta institución, sin embargo, las cosas se complican cuando se evidencia el pensamiento propuesto por Gozaini: ¿el contenido de verdad es totalmente perenne o existe algo con carácter definitivo?[48].

Esta pregunta lleva el análisis a un escalón superior, y es el análisis correcto con respecto al caso planteado. Mediante esta incógnita se pretende que la víctima que no fue resarcida de manera adecuada pueda utilizar la vía civil para que exista una correcta cuantificación y por ende indemnización de daños. Como consecuencia de este accionar, se verán contradichos el principio de economía procesal jurisdiccional, la paz social resultante de la sentencia, y el efecto de seguridad jurídica que cobija a toda resolución con el carácter de cosa juzgada.

Para ello es imprescindible analizar la naturaleza de la *res judicata*. Al respecto, se pueden identificar dos posturas: aquellos que defienden y sostienen la teoría sustancialista de la cosa juzgada y la teoría procesal de la cosa juzgada[49]. En este sentido, la primera se fundamenta en que la cosa juzgada es de carácter sustantivo, debido a que crea, modifica o extingue relaciones jurídicas previas. Utilizando las palabras de Allorio, esta aptitud representa una novación del vínculo preexistente, por lo que sería evidente la extinción del derecho litigioso posterior[50].

46 Echandía Devis, Hernando. *Teoría General del Proceso*. Bogotá: Temis, 2017, p. 440.
47 Falcón, Enrique. *Tratado de Derecho Procesal Civil, Comercial y de Familia*, Tomo III. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2006, p. 671.
48 Gozaini, Oswaldo. *Tratado de Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires: La Ley, 2009, p. 860.
49 *Id*., p. 863
50 Allorio, Enrico. *Problemas de Derecho Procesal,* Tomo II. México: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1963, p. 131.

En contraposición, Goldschmidt afirma que los efectos que yacen en la cosa juzgada son exclusivamente procesales y se activan cuando se verifica la sentencia, sin importar los efectos materiales o sustantivos que tenga[51].

Al respecto se acoge la postura emitida por Devis Echandía, quien afirma que la naturaleza de la cosa juzgada "es estrictamente procesal porque es una consecuencia del proceso y la emanación de voluntad del Estado manifestado en la ley procesal[52]. La razón radica en el argumento mismo, debido a que solo se trata de un efecto netamente procesal facultado por la ley, mas no ante una hipótesis sustantiva.

Además, que la cosa juzgada no es perenne ni absoluta. Ya que es evidente que en ciertos casos tendrá que prevalecer la realidad, antes que la presunción de verdad contenida en esta institución jurídica. En este sentido, el fundamento que se busca es aquel que representa un contenido pleno y absoluto, en el que no quepa duda de que la maquinaria judicial resolvió el conflicto sobre la base de los antecedentes de cognición y el razonamiento del juez[53].

Si este presupuesto no es posible, o no se configura, "la revisión de la cosa juzgada es una probabilidad que refuerza el valor humano del proceso y muestra las debilidades del sistema que gobierna la temática como una exclusiva situación procesal"[54]. Es decir, si no se cumple la condición básica para la inmutabilidad de la sentencia, que es la certeza de los hechos controvertidos para que lleguen a ser absolutos, lo que trae como consecuencia que el asunto litigioso puede ser editado y planteado de nueva manera y forma.

## 8.1. Los límites de la *res judicata*

Los límites de la cosa juzgada buscan esclarecer hasta que punto la cosa juzgada es aplicable[55] y mantiene su carácter de inmutabilidad frente a nuevos procesos en contra de sentencias con este carácter. La doctrina ha determinado que existen dos límites, el subjetivo en razón de las personas que han sido partes del proceso y el objetivo por razón del objeto o cosa sobre el que versó el litigio y la causa en la que se fundó el reclamo[56]. Estos límites se verán analizados por el juez, cuando se pretenda fundar un nuevo proceso, frente a uno con el carácter de cosa juzgada. Es ahí el momento preciso en el que el juez debe realizar el siguiente análisis:

> El juez […] debe partir de un análisis del propósito del legislador al establecer la cosa juzgada […]. La comparación entre esta y la nueva acción instaurada, el cotejo de sus elementos y la posible coincidencia entre ellos, es cuestión de lógi-

51 Goldschmidt, James. *Derecho Procesal Civil.* Madrid: Marcial Pons / Ediciones Jurídicas y Sociales, 2010, p. 388.
52 Echandía Devis, Hernando. *Óp. cit.*, p. 445.
53 Guillén, Fairén. *La teoría del Derecho Procesal.* México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1992, p. 56.
54 Gozaini, Oswaldo. *Óp. cit.*, p. 871.
55 Falcón, Enrique. *Óp. cit.*, pp. 681, 682.
56 Echandía Devis, Hernando. *Óp. cit.*, p. 449.

> ca y buen sentido, apoyado por las reglas generales de la hermenéutica jurídica. Finalmente, en crisis la cuestión de las tres identidades famosas, todo se reduce a analizar si podría o no haber escándalo derivado de fallos contradictorios, dictados por magistrados igualmente probos y capaces[57].

En primer lugar, es menester realizar el análisis correspondiente con respecto al elemento subjetivo de la cosa juzgada, es decir las personas involucradas como partes dentro del proceso. El fundamento de este límite es recogido por el derecho romano, en el que se prescribía que *res inter alios iudicata tertio non nocet*, es decir la cosa juzgada solo es aplicable con respecto a las partes intervinientes en el proceso[58]. Consecuentemente, la cosa juzgada abarca y engloba solo a aquellos que forman parte de la relación procesal.

A partir de esta premisa, es menester enfocar y detallar los casos que deben ser analizados para poder ejercer una nueva acción civil en busca de la indemnización correspondiente por los daños sufridos. El primer caso es aquel en el cual, como partes procesales, tiene al imputado frente a la Fiscalía General del Estado solamente. Dentro de esta decisión, el juez penal no previó o tasó los daños ocurridos, y existe una cuantificación parcial de daños o simplemente no existió el método de cuantificación de daños.

El segundo caso, es aquel en el cual como partes procesales tienen al imputado frente a la Fiscalía y a la acusación particular que busca la correcta indemnización de perjuicios. Como respuesta obtuvo una cuantificación parcial de daños o simplemente no existió el método de tasación de daños.

Con este nexo, es preciso analizar el caso que compete al estudio de este trabajo, con respecto a la sentencia emitida en sede penal, existen dos posibilidades que tratar: (i) la sentencia en la que la acción penal es ejercida solo por Fiscalía y (ii) la sentencia dictada en contra de la acusación particular.

La primera, como la segunda hipótesis, tienen como partes del proceso penal, por un lado, al victimario o agresor y por el otro a la Fiscalía Genera del Estado como dueña del ejercicio de la acción penal. Mientras que en el nuevo proceso civil se encontrarían la víctima y el victimario. A partir de aquello, se evidencia que en cualquier caso la Fiscalía es el ente encargado de formular o no cargos en contra del imputado, dejando a su arbitrio la capacidad de seguir o no con el proceso, es ahí donde se hace importante el carácter subjetivo de Fiscalía, toda vez que las partes en el proceso penal y nuevo proceso civil son distintas, el agraviado tiene la facultad de acceder a la vía civil para que sus daños sean resarcidos de manera adecuada. A pesar de la existencia de acusación particular, hay que aterrizar en

57 Falcón, Enrique. *Óp. cit.*, p. 673
58 Gozaini, Oswaldo. *Óp. cit.*, p. 875.

las capacidades que las partes tienen dentro del proceso. Si Fiscalía no formula cargos, la acusación particular deja de ser tal, ya que el proceso se acaba en ese momento; por tanto, la continuidad del proceso penal con respecto a la acusación particular depende estrictamente de la actuación de Fiscalía.

De este ejemplo práctico, se evidencia la distinción de partes en los diferentes procesos, por lo que cabría un nuevo proceso en el ámbito civil con un enfoque puramente resarcitorio.

Dentro del límite que presenta la cosa juzgada, se encuentran los límites objetivos. Como lo describe Gozaini, este límite es la frontera del fallo judicial para no transponer su eficacia hacia otro proceso donde no existe identidad[59]. El límite objetivo se compone de dos elementos intrínsecos, el objeto o *petitum*, entiéndase el aspecto material o inmaterial sobre el que las partes buscan determinado interés; y el fundamento del reclamo o *causa petendi*, cuando estas convergen y estructuran el elemento objetivo se consigue la *res in iudicio deductae*, elemento esencial para la eficacia de la cosa juzgada[60].

1. Objeto o *petitum*. En palabras de Chiovenda, "es la cosa demandada a la cual debe dársele un sentido de lectura amplio, estos pueden ser materiales o inmateriales[61]. Este objeto es la pretensión negada o aceptada en un proceso anterior que se traduce al "bien de la vida" que yace en la sentencia ejecutoriada[62]. En síntesis, el *petitum* es lo que se busca obtener tras un proceso judicial, es aquello por lo que las partes tienen diferencias. En términos simples, estos podrían ser los hechos alegados y el fin buscado.

2. Fundamento o *causa petendi*. Según Couture, es el fundamento de la pretensión, que debe ser buscado dentro de la demanda y con un criterio formal amplio que busque una interpretación lógica[63]. En este sentido se puede entender que la *causa petendi* como el fundamento o la razón de la activación del derecho de acción del demandante.

Tras el respectivo análisis de los elementos internos del límite objetivo, cabe aplicarlo en el caso concreto planteado. En el proceso penal, el objeto o *petitum* es la sanción del infractor al quebrantar el orden público y las buenas costumbres que se espera de los miembros de la sociedad. Cuando han aceptado la convivencia dentro del contrato social, sin importar los hechos, lo que se busca es la pena por haber violado las reglas y leyes establecidas. Cuando existe acusación particular

59 *Id.*, p. 877.
60 Falcón, Enrique. *Óp. cit.*, p. 686
61 Chiovenda, Giuseppe. *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1948, p. 325.
62 Echandía Devis, Hernando. *Óp. cit.*, p. 449.
63 Couture, Eduardo. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, Buenos Aires: Roque Depa, 1958, p. 318.

lo que se busca, además de la sanción penal, es que el daño sufrido a causa del delito sea resarcido en legal y debida forma. Por lo que, en primera instancia, no cabría la posibilidad de demandar por vía civil el resarcimiento de daños, siempre y cuando estos hayan sido satisfechos de manera plena.

Hay que establecer de manera clara y concisa que, si la indemnización no corresponde a una compensación total y completa, simplemente la *res judicata* deja de surtir efectos, debido a que su primordial deber no ha sido cumplido. Por esta razón, la revisión de la cosa juzgada se llevaría a cabo con un resultado positivo frente a la víctima que busca la correcta indemnización por daños.

Con respecto a la *causa petendi*, el fundamento normativo rompería y fragmentaría la cosa juzgada en todo sentido. Por una parte, en materia penal siempre se está a la expectativa de cumplir la tipificación del código penal, respetando así el principio de legalidad. Por otra parte, en el ámbito civil, lo que se alega sería una infracción al deber general de responsabilidad y cuidado, al que todos los miembros de la sociedad están sujetos como un estándar de conducta deseable por el ordenamiento. En este aspecto no importa cuál fue el hecho fáctico que causa el daño, debido a que, tanto en materia civil como en penal, el análisis será distinto. Por un lado, el primero analizará si el hecho fáctico cumple o no la normativa alegada. Por otro lado, el segundo caso se verificará con la simple vulneración de este deber, por lo que procedería la indemnización a causa de un delito o cuasidelito civil.

Se ha evidenciado y comprobado que la cosa juzgada puede mantener su carácter de inmutabilidad, siempre y cuando la resolución que proteja sea correcta en todos sus límites intrínsecos. En el caso de habar de una mala cuantificación de daños o una ausencia de reparación, sin duda alguna, la acción civil tiene cabida y puede llevarse a cabo.

## 9. La prejudicialidad

Hernando Devis Echandía, sostiene que la prejudicialidad es:

> aquella **cuestión sustancial autónoma** que constituye un necesario **antecedente lógico-jurídico de la resolución que debe adoptarse en la sentencia, y que es indispensable resolver previamente por otra sentencia […],** en proceso separado, con valor de cosa juzgada, ante el mismo despacho judicial, o en otro distinto, para que sea posible decidir sobre qué es materia del juicio, sea civil o penal, **razón por la cual este debe ser suspendido hasta cuando aquella decisión se produzca** (énfasis añadido)[64].

En el mismo sentido, Falcón la define como aquella situación procesal en la cual la resolución de una causa o proceso está supeditada a la resolución de otra cues-

64 Echandía Devis, Hernando. *Óp. cit.* p. 458

ción procesal, porque es necesario un antecedente que sirva de sustento para mantener el equilibrio del ordenamiento y evitar fallos contradictorios[65].

Esta excepción cobra sentido, cuando existe el antecedente lógico-jurídico descrito por Hernando Devis Echandía y Enrique Falcón respectivamente. Sin embargo, como se analizó con anterioridad en la sección de antecedentes [*Supra* § 2], esta ha sido una de las formas más comunes de excepcionares de los abogados al enfrentar juicios en distintas jurisdicciones. Debido al rezago existente a causa del art. 41 del Código de Procedimiento Penal derogado, que catalogaba a la responsabilidad civil y penal como una responsabilidad única. Por lo que la prejudicialidad surtía efectos y tomaba sentido[66].

Una vez esclarecidas las dudas acerca de la distinción entre estas responsabilidades, es evidente que la excepción de prejudicialidad no procede, a excepción de los casos previstos en la ley, que forman parte de la excepción a la regla general. Ya que en estricto sentido no son iguales las responsabilidades. Por lo que no importaría el fallo contradictorio en diferentes materias, dado que su fundamento y objeto son distintos, utilizando el mismo análisis lógico realizado con respecto a la cosa juzgada.

Apoyando la tesis propuesta, es preciso mencionar la evolución del derecho procesal, con respecto a la supuesta supremacía del derecho penal y procesal penal por sobre la jurisdicción civil. Es evidente que quienes utilizan este pensamiento tienen un razonamiento caduco y fuera de contexto con respecto a la evolución del derecho, en la que la jerarquía de materia no tiene sentido. Por lo tanto, la suspensión de procesos no opera cuando se propone la excepción de prejudicialidad, toda vez que los únicos supuestos posibles son la unidad de jurisdicción y los efectos de la cosa juzgada, que ha sido analizada con anterioridad.

Bajo esta premisa, tras tomar en cuenta la diferencia entra las responsabilidades, la inexistencia de supremacía de materias y los límites de la cosa juzgada, cabe afirmar que la prejudicialidad como excepción no procede. Es decir, en el caso que exista un procedimiento penal iniciado, sin acusación particular, la víctima puede acceder al sistema jurisdiccional civil para que su indemnización sea tratada dentro de esta materia. Sin importar el resultado del proceso penal, debido a su total separación.

## 10. Otra excepción dentro del nuevo proceso

En el ordenamiento jurídico ecuatoriano, tras la publicación del Código Orgánico General de Procesos (en adelante COGEP), se prevé varias excepciones que deben ser saneadas en la audiencia de excepciones previas, cuando el proce-

65 Falcón, Enrique. *Óp. cit.*, p. 546.
66 Código de Procedimiento Penal. *Eiusdem*, artículo 41.

dimiento sea de dos audiencias, o en la primera fase de la única audiencia cuando el procedimiento así lo establezca. El art. 153 prescribe que "solo se podrán plantear como excepciones previas las siguientes: 5. Litispendencia"[67]. Es por esta posibilidad, que la litispendencia debe ser analizada, en caso de que la parte que se encuentra en el proceso penal decida iniciar a la par un proceso civil, en busca de la reparación del daño padecido.

## 10.1. La litispendencia

El momento en que se verifican dos procesos simultáneos, se configura la posibilidad del demandado de utilizar la excepción de pleito pendiente o *litis pendencia.* Gilberto Martínez, al respecto, manifiesta que cuando se ha iniciado un proceso penal, y existe acusación particular, la facultad se hace imposible, toda vez que ser parte civil dentro de un proceso penal busca como consecuencia una indemnización civil por el daño causado a costa del ilícito[68]. Se comparte totalmente el criterio expuesto por el autor, debido a que la única forma en la que la excepción de pleito pendiente no surta efectos es que el proceso penal siga su curso, sin una acusación particular y, con esta premisa, la víctima busque su indemnización por vía civil.

Vescovi define a esta excepción como aquella que consiste en la defensa que tiene el demandado para no contestar, alegando el hecho de que existe pendiente, ante otro tribunal, la misma demanda[69]. Al respecto, se introduce en el concepto y se manifiesta que es aquella excepción que es dable frente a otro proceso iniciado, sobra la base de los mismos hechos, en los que se tiene que verificar y aplicar los límites de la cosa juzgada.

Debido a que es la única forma en la que se verificaría si en realidad el proceso es el mismo o no. Es decir, el juez, en ejercicio de sus potestades, debe realizar el análisis de carácter, subjetivo (*res inter alios iudicata tertio non nocet*) y objetivo (*petitum* y *causa petendi)*, para desechar o dar continuidad al proceso en el que se le alega *litis pendencia*.

## 11. Conclusiones

A lo largo del presente trabajo se han analizado los principales puntos que se debe tomar en cuenta con respecto a las dudas y puntos claves planteados. De estos se desprende varias conclusiones que efectivamente se han estructurado en el presente documento por secciones para mejor comprensión del lector.

67 Código Orgánico General de Proceso. Artículo 153. Registro Oficial No. 506 Suplemento de 18 de diciembre de 2015.
68 Martínez Rave, Gilberto. *Óp. cit.*, p. 97.
69 Vescovi, Enrique. *Teoría general del proceso*. Bogotá: Temis, 1984, p. 110.

Dentro de los antecedentes, se puede comprobar el avance que el derecho de responsabilidad por daños ha tenido, respecto a los tipos de responsabilidad analizados, civil y penal. Ya que ha existido un constante cambio dependiendo de la época en la que se lo analice. De la misma manera, cuando se aterrizó en el ordenamiento jurídico ecuatoriano histórico, se evidenció el rezago que las normas de antaño han perpetuado hasta la actualidad.

Esto trae como resultado un pensamiento confuso, al sostener que la responsabilidad civil y la responsabilidad penal son lo mismo. Así, sobre la base de un artículo en el que se exigía la prejudicialidad penal para casos en los que se buscaba una indemnización civil, si el hecho ilícito se encontraba tipificado. La conclusión a que se llega dentro de esta sección es que, a todas luces, existe una distinción entre la responsabilidad civil y penal en el Derecho ecuatoriano. Además, que es incorrecto utilizar una norma anacrónica para estructurar un pensamiento jurídico totalmente equívoco.

Con posterioridad, se analizó las diferentes posturas que existen en la doctrina, respecto de la responsabilidad civil y penal. Así, se reafirma la existencia de varias diferencias entre ellas. También, se concluyó que el concepto de supremacía de la materia penal o su única responsabilidad son anticuados, y no corresponden con la dinámica actual que el Derecho presenta.

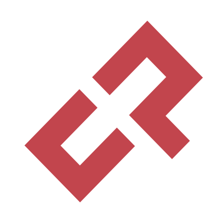
De la misma manera, se analizó el principio de reparación integral consagrado en el texto constitucional, que genera una prórroga de competencias del juez penal con respecto a temas indemnizatorios civiles. En este sentido, se concluye que el problema no radica en la extensión de facultades, sino en el mal uso del ejercicio de dichas potestades toda vez que el juez penal no tiene momento procesal alguno en el que se pueda inferir que se realiza una evaluación y posterior tasación de daños. En efecto, la autoridad falla a ciegas y dispone reparaciones sobre la base de su criterio.

A partir de este punto, es importante precisar que el punto central sobre el que recae el documento es la destrucción de la inmutabilidad de las sentencias cobijadas con el carácter de cosa juzgada. Debido al correcto análisis realizado con respecto de los límites subjetivos y objetivos de la *res judicata*, en que se pudo determinar que existen diferencias notorias con respecto a las partes involucradas, al *petitum* y su *causa petendi*.

Sobre la base de este análisis, se pretendió estudiar dos tipos de excepciones a parte de la ya mencionada. Estas son la prejudicialidad y la litispendencia. Es preciso aclarar que estas son el mecanismo de excepciones más comunes cuando se presentan o se evidencian dos procesos distintos en los que puede existir un parecido y el juez es el encargado de ratificar o no esta supuesta similitud.

En este mismo sentido, se concluye que la institución de la cosa juzgada no es un absoluto, y que puede ser modificada, siempre y cuando se fragmenten sus límites de aplicabilidad, compartiendo el análisis con las excepciones de prejudicialidad y litispendencia. Sin embargo, se ratifica que es deber de los abogados analizar la filigrana jurídica intrínseca de cada institución para realizar un correcto argumento y subsumirlo en el caso concreto.

Finalmente se concluye que los jueces penales, debido a la extensión de sus competencias con respecto a temas indemnizatorios civiles, deberían conocer la forma correcta en la que se debe indemnizar cualquier tipo de daño causado. Además de tener la capacidad de distinguir los daños que el COIP llama materiales e inmateriales, para evitar que las víctimas busquen la vía civil como solución a los problemas planteados.



# CARMIGNIANI PÉREZ

ABOGADOS

WWW.CPLAW.EC


AV. 9 DE OCTUBRE 100, EDIF. LA PREVISORA OF. 2202.
T: 593-4-2300600
GUAYAQUIL - ECUADOR EC090313

AV. NNUU Y NÚÑEZ DE VELA, EDIF. METROPOLITAN OF. 1107.
T: 593-2-3959590
QUITO - ECUADOR EC170507

Volumen VI • septiembre 2019
USFQ LAW REVIEW

# Desafíos fiscales originados por la globalización de la economía y los esquemas de planificación fiscal agresiva: ¿ha podido Ecuador afrontarlos?

**Danny Lenin Espinosa Taipe**
Universidad Técnica Particular de Loja, estudiante de la Facultad de Derecho,
Campus Quito, Quito 170517, Ecuador.
Correo electrónico: dlespinosa@utpl.edu.ec

**Katherine Estefanía Hoyos Navas**
Universidad San Francisco de Quito USFQ, estudiante del Colegio de Jurisprudencia,
Campus Cumbayá, Casilla Postal 17-1200-841, Quito 170901, Ecuador.
Correo electrónico: khoyos@estud.usfq.edu.ec

Recibido / Received: 12/03/2019
Aceptado / Accepted: 26/03/2019
DOI: 10.18272/lr.v6i1.1402

## Resumen
En los últimos años, la economía mundial ha evolucionado por diferentes factores, como el desarrollo de la economía digital, el fortalecimiento de relaciones comerciales internacionales y la búsqueda perenne de los inversores de capital por obtener mayores rendimientos. Como consecuencia de ello, en varias ocasiones se ha utilizado la planificación tributaria como un mecanismo de adaptación, seguridad y provecho para el progreso económico. En el presente artículo, se busca analizar qué convierte a la planificación tributaria en agresiva, los desafíos inherentes y las medidas que se están tomando mundialmente para combatir estas prácticas. Finalmente, se revisará la aplicación de estos esquemas en Ecuador, acompañado de un breve estudio sobre la legislación interna que busca limitar el uso exagerado de beneficios tributarios. Tras realizar el mencionado análisis, será posible concluir los desafíos producidos por las prácticas fiscales agresivas, así como los aspectos positivos de alinear al Ecuador con la corriente mundial de mecanismos antiabuso en materia tributaria.

## Palabras clave
planificación fiscal agresiva; paraísos fiscales; impuesto a la renta; economía de opción; traslado de beneficios; erosión de bases fiscales

# *Fiscal challenges derived from economy's globalization and the aggressive tax planning: Has Ecuador been able to face them?*

## Abstract
*In recent years, global economy has been forced to evolve thanks to different aspects such as the development of the digital economy, the strengthening of international commercial relations and the enduring pursuit of capital investors to obtain higher returns. Consequently, tax planning has been used as a mechanism of adaptation, security and profit for economic progress in several occasions. This article analyzes what makes tax planning become aggressive, the inherent challenges and the measures that are taken worldwide to counter these practices. Finally, the application of these principles by Ecuador and the domestic legislation aimed to limit the overuse of tax benefits will be reviewed. After performing the aforementioned analysis, it will be possible to conclude the challenges produced by the aggressive tax practices, as well as the positive aspects of aligning Ecuador with the global trends of anti-abuse mechanisms in tax matters.*

## Keywords
*aggressive tax planning; tax havens; income tax; option economy; transfer of benefits; base erosion*

## 1. Introducción

La globalización de la economía ha ayudado, en buena parte, a la generación de mayor riqueza y empleo alrededor del mundo, esto en vista de la intensificación de transacciones comerciales transfronterizas. Sin embargo, resulta imposible cerrar los ojos a los riesgos fiscales que este tipo de comercio conlleva, específicamente cuando se hace uso de la planificación fiscal que, en ocasiones, se convierte en agresiva. En síntesis, la planificación tributaria consiste en la construcción de esquemas estratégicos derivados del estudio y análisis de los beneficios fiscales que una persona podría gozar por realizar su comercio tomando en cuenta su domicilio, actividad económica, estructuración societaria, entre otros factores. Sin embargo, muchos han intentado utilizar esta herramienta para obtener otros beneficios tributarios que resultan abusivos, mediante interpretaciones desmedidas de la ley, aprovechando lagunas normativas, *tax rulings*, evasión y elusión fiscal, entre otros. La aplicación de estos esquemas resulta en que los contribuyentes realicen escasa o nula tributación, lo cual afecta a las administraciones tributarias de forma global. Estas prácticas han sido calificadas como planificación fiscal agresiva, un fenómeno que impide el equilibrio fiscal al reducir o eliminar el pago de tributos.

Las administraciones tributarias de todo el mundo se enfrentan a riesgos latentes día a día, derivados de los esquemas de planificación fiscal agresiva utilizados mayormente por contribuyentes multinacionales o compañías que mantienen partes relacionadas en diferentes países, entre ellos aquellos catalogados como paraísos fiscales. Durante mucho tiempo, esta problemática ha sido ignorada por las distintas entidades de control fiscal. Sin embargo, al entender el impacto legal y económico que esto genera a nivel internacional y nacional, es innegable la trascendental importancia de analizarla y evitarla. Los retos que han tenido que asumir las administraciones tributarias alrededor del mundo con el fin de contrarrestar y mitigar la problemática tratada han sido varios. Por esto motivo, con el fin de luchar contra estas prácticas perniciosas, se ha trabajado en conjunto con organismos internacionales, con el fin de implementar mecanismos que permitan en general tres objetivos principales para su erradicación: (i) identificar los riesgos latentes; (ii) transparentar las transacciones internacionales; y, (iii) evitar la erosión de bases fiscales[1].

El presente artículo tiene como objetivo principal poner en conocimiento de los lectores que Ecuador no está lejos de los problemas generados por la globalización de la economía y la planificación fiscal agresiva. La estabilidad fiscal depende en buena medida de los mecanismos que se creen para mitigar las adversidades que representan este tipo de retos. En este sentido, se ha estructurado este artículo con el método de investigación deductivo, al ofrecer al lector el panorama global de los principales desafíos originados por la planificación fiscal agresiva, junto

1 López, Jesús. "Los informes finales del proyecto BEPS y la propuesta de directiva contra la elusión fiscal". *Actualidad Jurídica* (2016), pp. 7-12.

con un análisis de la evasión y elusión fiscal como principales esquemas utilizados para este fin. Luego se estudiará el caso de Apple Inc. e Irlanda con el propósito de identificar las consecuencias de la planificación fiscal agresiva. Posteriormente, se analizarán las medidas que mundialmente han sido adoptadas para combatir la planificación fiscal agresiva, para finalmente, enfocar el análisis a la aplicación de dichos preceptos en el plano ecuatoriano, acompañado de un breve estudio sobre la legislación interna que busca limitar el uso exagerado de beneficios tributarios.

## 2. ¿Tiene un límite la planificación tributaria?

Antes de iniciar el análisis de la planificación fiscal agresiva, es importante tomar en cuenta que la planificación fiscal no siempre supone un problema. Establecer estrategias con el objetivo de minimizar o diferir en el tiempo la carga fiscal de una o varias operaciones ha sido conocida como planificación fiscal[2]. Esta práctica es totalmente válida e incluso deseable siempre que respete el ordenamiento jurídico aplicable y no tenga como objeto abusar de las políticas fiscales, perjudicando a los distintos países y entidades de control fiscal[3].

En este punto resulta importante considerar la economía de opción, la cual permite a un contribuyente elegir el camino legal menos gravoso, en cuanto a tributos se refiere, con el fin de obtener mayores ganancias[4]. Es decir, la economía de opción busca determinar cuál de las opciones dentro lo legal permite la planificación de una estructura que reporte mayores beneficios. Un ejemplo de la aplicación de este esquema en Ecuador es la no gravabilidad de Impuesto a la Renta sobre ganancias generadas en la enajenación ocasional de inmuebles[5] (dos por ejercicio fiscal), lo cual permite que el dueño de los inmuebles planifique sus transacciones comerciales con el fin de beneficiarse de esta exención tributaria.

En el ámbito internacional, la planificación fiscal opera mediante el aprovechamiento y utilización conjunta de diversos sistemas jurídicos y de los beneficios derivados de los convenios para evitar la doble imposición[6]; de este modo, los inversionistas consiguen canalizar adecuadamente sus recursos. Sin embargo, es importante diferenciar que la percepción sobre la legitimidad de estas estrategias dependerá de cada Estado. Por ejemplo, en el caso de España, se ha considerado que el aprovechamiento de las lagunas del ordenamiento y de los convenios para evitar la doble imposición es totalmente legítimo[7]. Han considerado que la

2 Falcon, Ramón y Pulido, Elvira. *Planificación fiscal internacional y medidas antielusión*. Madrid: Marcial Pons, 2013, p. 232.

3 En sentencias como las emitidas por el Tribunal Económico Administrativo Central en España. Resolución de 28 de febrero de 1996 (R.G.1500/95 y 1411/95), reconocen la legitimidad constitucional de la economía de opción, en que se basa la planificación fiscal, definiendo esta como “la posibilidad de elegir entre varias alternativas legalmente válidas dirigidas a la consecución de un mismo fin, pero generados de alguna ventaja adicional respecto a otras”.

4 Pont, Joan Frances. *La economía de opción*. Barcelona: Marcial Pons, 2006, p. 17.

5 Ley de Régimen Tributario Interno (LRTI). Artículo 9, numeral 14. Registro Oficial No. 463 Suplemento de 17 de noviembre de 2004; Reglamento de la LRTI. Artículo 18. Registro Oficial No. 209 Suplemento de 8 de junio de 2010.

6 Martínez, Lara. *Planificación fiscal internacional: Planificación fiscal agresiva y medidas para combatirla*. Tesis de Posgrado. Universidad de Valladolid, Valladolid, 2017, pp. 8-16.

7 Ley General Tributaria de España. Artículo 14. Ley 58/2003 de 17 de diciembre de 2003.

prohibición de la analogía en relación con el hecho imponible constituye criterio basto para la aplicación de la seguridad jurídica en el ámbito tributario[8]. Esta posición ha sido aseverada por los poderes judiciales en varias sentencias[9].

Las técnicas o esquemas implementados para la planificación fiscal son infinitos, siendo el más común la utilización de una sociedad ubicada en un país con un régimen fiscal atractivo, que además goce con una red de convenios fiscales que permita operar en otros estados sin generar grandes impactos tributarios[10]. Varios territorios han sido utilizados como intermediarios en la planificación fiscal. Por ejemplo, en países como Andorra y Mónaco, no existía el impuesto a la renta para personas naturales[11]. Otro caso es el de Reino Unido, Irlanda y Malta en donde solo se tributa por las rentas obtenidas en la fuente interna[12]. Dubái no maneja el impuesto a la renta sobre sucesiones, y solamente se paga un impuesto por los rendimientos generados de alquileres y un impuesto sobre determinados gastos de hotel y ocio, aproximadamente a una tarifa del 5 %[13]. Por otro lado, dentro de los Estados Unidos, existen estados que sirven como vehículo para la planificación fiscal, así por ejemplo, Delaware maneja un impuesto sumamente bajo en relación al impuesto que se paga en el resto de estados, correspondiente al 8,7 %[14].

Lo anterior no quiere decir que siempre que se acuda al uso de un paraíso fiscal o jurisdicción de menor imposición nos enfrentamos a un esquema de planificación fiscal agresiva o un acto ilegal. Aquello solo sería ilegal si se utiliza tal jurisdicción con fines defraudatorios de la ley, lo cual deberá ser rigurosamente analizado dependiendo del caso concreto. En este sentido, es importante considerar que el límite de la planificación fiscal viene dado por la legalidad de las actuaciones[15], por lo que resulta complicado determinar a ciencia cierta, una lista taxativa de situaciones que se califiquen como agresivas, pues, la determinación de la legalidad únicamente dependerá del ordenamiento jurídico aplicable.

---

8 *Ibíd.*

9 Casos emblemáticos en los cuales se fundamenta la jurisprudencia española posterior: Caso Fisher's Executors v. IRC (1926); compañía que capitaliza unas importantes reservas y paga un bonus del 5 por 100 a los socios, reduciendo el capital. El vizconde considera que la operación no puede considerarse como un reparto de dividendo ni por tanto aplicar el impuesto previsto para estos. Caso Ayrshire Pullman v. IRC (1929); Lord Clyde establece que el contribuyente no está obligado a pagar los máximos impuestos, sino que está legitimado en la medida en que honestamente pueda, para evitar que la administración tributaria le vacíe los bolsillos. Caso Duker of Westminster *v.* IRC (1936); Lord Tomlin dispone que cada hombre tiene el derecho de ordenar sus asuntos, si es que puede, de la manera que le sea más conveniente para que la cantidad a pagar al Fisco sea la menor posible.

10 Falcon, Ramón y Pulido, Elvira. *Óp. cit.*, p. 233.

11 En esta última década, Mónaco y Andorra salieron de la lista negra, pasaron a la lista gris y en el año 2018, su avance respecto cooperación internacional ha sido creciente. Vásquez, Jorge. *Los paraísos fiscales en España y el mundo*. Tesis de Especialización. Universidad de Zaragoza, Zaragoza, 2016, pp. 15-18.

12 Hernández de Cos, Pablo y López, David. "Estructura impositiva y capacidad recaudatoria en España: un análisis comparado con la UE". *Documentos Ocasionales* No. 1406. Banco de España Eurosistema (2014), p. 10.

13 Oficina Económica y Comercial de la Embajada de España en Dubai. "Dubai tras la crisis financiera internacional". *Boletín Económico de ICE* No. 2988 del 1 al 15 de mayo de 2010 (2010), p. 4.

14 Márquez, José. "Delaware: una historia de éxitos". *Letras Jurídicas: revista de los investigadores del Instituto de Investigaciones Jurídicas* (2016), pp. 199-212.

15 Prieto, María. "La planificación fiscal internacional y en el ámbito de la Unión Europea. La elusión fiscal". *Revista de la Universidad de Valladolid* (1995), pp. 121-132.

En síntesis y de forma generalizada, se considera que lo que convierte en agresiva a una planificación fiscal es la extralimitación de lo lícito hasta el punto de configurar situaciones de abuso del derecho, simulación y en casos extremos, el fraude y evasión fiscal[16]. Esto ocurre debido a que dichas prácticas, a todas luces, buscan la reducción o eliminación de cargas tributarias. De igual manera, se podría considerar que se configura en planificación fiscal agresiva el uso de paraísos fiscales y jurisdicciones que reducen o anulan el pago de impuestos, valiéndose de prácticas como el secreto bancario y privilegios financieros desmesurados[17], pues no cumplen con principios generales del Derecho Tributario como el de equidad[18] e igualdad[19].

La planificación fiscal agresiva representa actualmente un riesgo latente para las administraciones tributarias que ven reducido el flujo de recursos obtenidos mediante la recaudación de tributos. Si bien en un inicio se reconoció que el contribuyente es libre de ordenar sus asuntos de la manera que le sea más conveniente con el fin minimizar la carga tributaria, es un criterio que actualmente no es tan abiertamente compartido por diferentes administraciones fiscales[20]. Aquello se colige de los mecanismos creados mundialmente para contrarrestar esta práctica[21].

El análisis realizado permite suponer que la planificación fiscal sí mantiene un límite. Los esquemas tributarios que suponen un beneficio económico para quien los utilice son totalmente aplicables dentro del marco de legalidad. Sin embargo, resulta complicado determinar los límites de la planificación fiscal, toda vez que dependerá del posible perjuicio que el esquema utilizado cause al equilibrio de la economía fiscal del Estado en donde se utilice. Muchos han considerado que la planificación fiscal agresiva abarca, de forma general, las figuras de elusión y evasión fiscal. A continuación, se analizará cuándo se configuran estos supuestos, así como las consecuencias que generan.

16 Lago, José María. "Planificación fiscal agresiva, BEPS y litigiosidad". *Ars iuris Salmanticensis* (2015), p. 62-70.

17 Kojanovich, Marta. *Precios de transferencia*. Buenos Aires: Corporación de Estudios y Publicaciones, 1999, p. 211.

18 Víctor Uckmar define al principio de equidad como la condición que impone al sistema el requisito de afectar con el mismo rigor a quienes se encuentren en la misma situación, de forma tal que pueda afirmarse que es igual para iguales y desigual para desiguales. En términos hacendísticos, son las exigencias de equidad horizontal y vertical las que han de informar la estructura del conjunto armónico de los tributos. Al fin y al cabo, según su etimología, la equidad deriva del latín aequitas y significa sin desigualdades; esto es, de forma horizontal, que no se inclina hacia ningún lado. La progresividad, por su parte, es la expresión concreta de la equidad vertical en la misma medida que conlleva el gravamen con mayor incidencia sobre quienes tienen mayor capacidad contributiva. (Uckmar, Víctor. *Principios del Derecho Constitucional Tributario*. Bogotá: Temis, 2002, p. XV.)

19 Víctor Uckmar, Rodolfo Spisso y Dino Jarach definen al principio de equidad en dos sentidos: a) En sentido jurídico, como paridad de posiciones, excluyendo los privilegio de clase, de raza y de religión, en manera que los contribuyentes se encuentren en iguales circunstancias y puestos ante un mismo régimen fiscal. b) En sentido económico es la obligación de contribuir a las cargas públicas en igual medida en relación a la capacidad contributiva de cada uno. (Id., p. 59; Spisso, Rodolfo. *Derecho constitucional tributario*. Buenos Aires: Depalma, 1991, pp. 187-192; Jarach, Dino. *Curso superior de derecho tributario*. Buenos Aires: Cangallo, 1985, pp. 316-319.)

20 El contribuyente lleva a la práctica la planificación fiscal a través de la elección de la vía de acción más eficiente entre todas las alternativas legales posibles. (Rivas, Norberto. *Planificación tributaria, conceptos, teoría y factores a considerar*. Santiago de Chile: Magril Limitada, 2000, p. 9.)

21 Precisamente se hace referencia a proyectos como las BEPS, cuya finalidad esencial es coordinar políticas a escala global con el fin de contrarrestar esta problemática.

## 3. La elusión y evasión fiscal

Del amplio listado de esquemas tributarios utilizados para la reducción o eliminación de cargas impositivas, podemos encontrar a la elusión y evasión fiscal como las figuras más utilizadas. Pese a que ambas estructuras buscan generar mayores beneficios para el sujeto que las utiliza, se debe considerar que mantienen diferencias sustanciales entre sí, las cuales permiten identificarlas claramente. A continuación se analizará el concepto de cada esquema con el propósito de reconocer qué figura se aplica dentro de lo legal y qué figura tiene aplicación fuera de estos límites.

### 3.1. Elusión fiscal

En materia tributaria la elusión ha sido definida como "aquel proceder que, sin infringir el texto de la ley, procura el alivio tributario"[22]. Tulio Rosembuj, profesor de Derecho Financiero y Tributario en la Universidad de Barcelona, ha definido que la elusión fiscal implica:

> Esquivar la aplicación de la norma tributaria para obtener una ventaja patrimonial por parte del contribuyente que no se realizaría si no se pusieran en práctica por su parte hechos y actos jurídicos o procedimientos contractuales con la finalidad dominante de evitarla [...], el elemento más importante para la elusión consiste en la adopción de instrumentos negociales o no, pero, en cualquier caso, ejercitadas dentro de las prerrogativas propias de la autonomía de la voluntad y libertad de contratación lícita y cuyos efectos son merecedores de tutela jurídica[23].

En mayor o menor grado, se podría considerar que "toda planificación fiscal constituye una forma de elusión fiscal"[24], pues este esquema busca aprovechar situaciones legales para reducir o eliminar cargas impositivas. En consecuencia, el beneficiario de esta estructura evita realizar actos por los cuales incurra en el hecho generador del tributo, lo que significa la inexistencia del mismo. Entonces, si no se ha causado el gravamen fiscal, quien practique este esquema no podría ser considerado como sujeto pasivo de una obligación tributaria. Por tanto, la elusión resulta legal toda vez que no se ha violado norma jurídica alguna; sin embargo ha sido muy criticada[25], pues a través de este mecanismo se afecta al equilibrio fiscal de los organismos de control.

---

22 Taboada, Palao. *La aplicación de las normas tributarias y la elusión fiscal*. Valladolid: Lex Nova, 2009, p. 22.

23 Rosembuj, Tulio. *El fraude de ley, la simulación y el abuso de las formas en el derecho tributario*. Madrid: Marcial Pons, 1999, pp. 94-97.

24 Abal, Alejandra. *La planificación fiscal agresiva de las multinacionales europeas en el impuesto sobre sociedades*. Tesis de grado. Universidad Pontificia Comillas, Madrid, 2014, p. 13.

25 Francisco Saffie sostiene que la elusión es un actual problema para la economía global. El accionar de las firmas transnacionales, la economía digital y los vacíos en las legislaciones permiten a las empresas evitar el pago de grandes sumas en concepto de tributos. Eso afecta no solamente la recaudación, sino la faceta distributiva del sistema tributario. Frente a ello, la OCDE puso en marcha el Proyecto sobre Erosión de la Base Imponible y Traslado de Beneficios (BEPS en inglés), con la finalidad de coordinar políticas a escala global, tanto en el mundo desarrollado como en desarrollo. (Saffie, Francisco. "Contra la elusión. Una revisión crítica sobre el proyecto BEPS". *Revista Nueva Sociedad* (2017), pp. 139-149.)

## 3.2. Evasión fiscal

Por otro lado, la evasión sí constituye una ilegalidad y vulneración al ordenamiento jurídico, pues consiste en el ocultamiento de rendimientos y derechos de contenido económico mediante documentos material o ideológicamente falsos[26]. Así, Torres explica que:

> La evasión tributaria, utilizándose del corte metodológico aplicado al Derecho Tributario, en acepción amplia, es toda y cualquier forma de eximirse de la tributación. En sentido estricto, significa derivar de la conducta voluntaria y dolosa, omisiva o comisiva, de los obligados tributarios se eximieren del cumplimiento, total o parcial, de las obligaciones tributarias[27].

Para que se produzca la evasión fiscal, en primer lugar debe originarse obligación tributaria de acuerdo con los hechos reales de la transacción. Una vez existente la obligación tributaria, con la evasión fiscal se busca la omisión del pago de esta mediante simulaciones que buscan confundir los hechos fácticos de la transacción. Así, este tipo de práctica perniciosa sí resulta ilícita, pues incumple con los preceptos jurídicos y no respeta la esencia económica de las transacciones, además de que es posible incidir en el quebrantamiento del ordenamiento jurídico. Las estructuras evasivas también podrían encasillarse en la planificación tributaria agresiva, toda vez que resulta posible que muchos sujetos realicen este tipo de esquemas con el fin de no realizar desembolsos de recursos por tributos, aun conociendo que constituye fraude fiscal.

## 3.3. Diferencias entre la elusión y evasión fiscal

Si bien la elusión y evasión persiguen el mismo objetivo, resulta evidente la existencia de discrepancias en su naturaleza. El factor diferenciador clave es identificar si se ha causado o no el hecho generador del tributo. Por una parte, en la elusión, el gravamen fiscal es inexistente por no cumplirse el precepto jurídico que lo origine. No obstante, en la evasión fiscal sí se configura el tributo por la existencia del hecho generador, sin embargo el sujeto pasivo incumple con la obligación como consecuencia de estrategias y omisiones ilegítimas.

A pesar de esta diferencia, se podría considerar que ambas resultan, en mayor o menor medida, un riesgo para las administraciones tributarias y el equilibrio de la economía fiscal, pues más allá de si los esquemas sean legales o no[28], su objeto final es reducir o eliminar cargas impositivas. Estos esquemas han sido utilizados en varias ocasiones a escala mundial, especialmente por multinacionales. Un

---

26 Taboada, Palao. *Óp. cit.*, pp. 94-97.

27 Torres, Heleno. *Derecho Tributario o Derecho Privado: Autonomía privada, simulación y elusión tributaria.* Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 178.

28 La evasión fiscal resulta en un perjuicio mayor al sujeto que utiliza esta estructura, pues su práctica en muchos casos abarca el quebrantamiento del ordenamiento jurídico.

claro ejemplo es el caso de Apple Inc. e Irlanda y la utilización de estructuras de planificación fiscal agresiva, como se abordará a continuación.

## 4. Apple Inc. e Irlanda, ¿planificación fiscal agresiva?

Con el fin de lograr cierta armonización de las políticas tributarias contenidas en los países que forman parte de la Unión Europea (en adelante UE), el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea[29] (en adelante el TFUE), en su artículo 107, ha consagrado el principio de prohibición de ayudas estatales en favor de empresas. Tal prohibición de ayudas consiste en beneficiar de manera exclusiva a determinada empresa. El mismo TFUE determina que tal prohibición no es absoluta, la excepción podría darse una vez que la Comisión Europea declare compatibles determinadas ayudas.

En 1996, la Comisión Europea analizó el Impuesto sobre Sociedades utilizado en Irlanda, determinando que por sus características constituía una ayuda estatal. Aquello en virtud de que dicho impuesto manejaba una tarifa del 10 %, porcentaje que resultaba inferior al estándar de la industria europea general. Por este motivo, a raíz de la determinación de la Comisión Europea, Irlanda se vio obligada a establecer un impuesto mínimo de 12,5 %. Con estos antecedentes, en el año 2018, la Comisión Europea expidió una sentencia ordenando a Apple Inc. el pago de 14 300 millones de euros a favor de la administración tributaria irlandesa[30]. Pero, ¿bajo qué argumentos?

Apple Inc. es una multinacional que mantiene dos sedes principales y más de 300 filiales alrededor del mundo. La primera sede, la central, está ubicada en Estados Unidos de América y regula el comercio de Apple Inc. en América, mientras que la segunda sede está ubicada en Irlanda y regula el comercio de la compañía en Europa, Oriente Medio, África e India. ¿Cuál es la razón de haber elegido Irlanda como domicilio para la segunda sede?

Irlanda ha sido calificada como un régimen de menor imposición por mantener una tarifa sumamente baja en relación al promedio que maneja la UE[31]. En el "Informe sobre Competencia Fiscal Perjudicial: una cuestión global emergente de 1998", la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (en adelante OCDE) definió a los paraísos fiscales y regímenes de menor imposición como aquellos territorios en los que no existe tributación o las tarifas aplicables son

29 Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. (2012). Artículo 107. 1.
Salvo que los Tratados dispongan otra cosa, serán incompatibles con el mercado interior, en la medida en que afecten a los intercambios comerciales entre Estados miembros, las ayudas otorgadas por los Estados o mediante fondos estatales, bajo cualquier forma, que falseen o amenacen falsear la competencia, favoreciendo a determinadas empresas o producciones.

30 Corte Europea. *CasoC12/18 P(I).*

31 Irlanda tiene una tarifa de Impuesto a la Renta de 12,5 % y el promedio en la Unión Europea es de 25,3 %.

sumamente bajas en relación al promedio[32]. Otro modo bajo el cual se califica la existencia de estas dos figuras es con la verificación de dos situaciones: (i) falta de intercambio de información efectiva; y, (ii) falta de transparencia, en razón del desconocimiento de la aplicación práctica que se hace de la normativa fiscal vigente[33].

Ahora bien, ¿qué ocurrió con Apple Inc.?[34] La Comisión Europea determinó que Irlanda, mediante tax rulings[35], permitió que Apple Inc. considere como renta obtenida en este país los generados en filiales europeas. Y no solo eso, sino que también permitió que la sede de Apple Inc. en Irlanda transfiriera y registrara como gastos los ingresos recibidos de las filiales europeas a una compañía que la comisión considera fantasma, con fundamento en el pago de regalías. Por otro lado, la tarifa que aplicó Irlanda a Apple Inc. en relación al impuesto sobre sociedades era casi nula, siendo del 1 % desde el año 2003 al año 2013 y 0,005 % desde 2014. Al respecto, la Comisión Europea no se opone a la tarifa que regularmente lleva Irlanda (12 % promedio), sino más bien a las ventajas fiscales adicionales que este país otorga exclusiva y únicamente a multinacionales como Apple Inc., es decir a las ayudas públicas[36]. Si bien se considera que Irlanda es un país que, como cualquier otro, es libre de establecer sus políticas tributarias en virtud de su potestad soberana; no obstante, se considera que el exceso de los beneficios que maneja vulnera principios esenciales del derecho. Esto ocurre al otorgar incentivos fiscales a ciertos sujetos atendiendo a la calidad de estos y a la cuantía de los rendimientos que podrían reportar al fisco por el tratamiento diferenciado.

En esta línea, la creación de un régimen tributario que prevé beneficios específicamente para una empresa (en este caso) parecería violentar los principios generales de la tributación, como son el de generalidad e igualdad. Adicionalmente, se podría suponer que Irlanda no habría diseñado este tratamiento tributario si Apple Inc. no se hubiera encontrado interesada en reducir las cargas fiscales. En consecuencia, Apple Inc. realizó uso de figuras elusivas apoyadas por Irlanda para trasladar beneficios y erosionar bases fiscales en los demás países en donde mantiene negocios. Finalmente, el ejemplo anotado es tan solo una muestra de los impactos económicos que pueden generar las estructuras de planificación tributaria agresiva. Ante esta realidad, las administraciones a escala mundial en conjunto con organismos internacionales han realizado esfuerzos encaminados a contrarrestar estas prácticas perniciosas, las cuales se analizarán en el siguiente apartado.

32 El informe de la OCDE *Competencia fiscal perjudicial: Una cuestión global emergente,* de 1998, llegó a esta conclusión y señalaba a los paraísos fiscales como instrumento de competencia fiscal perjudicial, al detraer bases imponibles de otros países mediante la oferta de un marco de acción acomodaticio y de una legislación idónea para la realización de actividades ficticias, al tiempo que ofrece al capital extranjero la opción de una tributación baja o inexistente.

33 Falcon, Ramón y Pulido, Elvira. *Óp. cit.*, p. 301.

34 Es pertinente señalar, que es un caso que topa varias ramas del derecho, societario, competencia, tributario, propiedad intelectual, internacional. Sin embargo, el presente análisis se hará sobre la base del tema del presente artículo.

35 Régimen tributario creado por un Estado para brindar beneficios tributarios a un sujeto en específico.

36 El artículo 107 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea determina que las ayudas públicas consisten en las ayudas otorgadas por los Estados o mediante fondos estatales, que falseen o amenacen falsear la competencia favoreciendo a determinadas empresas o producciones.

## 5. Mecanismos de defensa contra las prácticas perniciosas en el plano internacional

Tal vez uno de los organismos que más ha luchado contra la planificación tributaria agresiva es la UE, la cual ha intentado prevenir estos esquemas a través del Dictamen del Comité Económico Social Europeo sobre el Plan de Acción para Reforzar la Lucha Contra el Fraude Fiscal y la Evasión Fiscal[37]. En una de las comunicaciones de este Comité se hace alusión a la planificación fiscal agresiva como "la utilización de métodos complejos o artificiales por parte de algunos contribuyentes, a través de las cuales desplazan sus bases imponibles de un Estado a otro"[38]. Adicionalmente, la Comisión Europea considera que:

> [E]s preciso garantizar que la carga impositiva se comparta equitativamente con arreglo a las ocasiones de cada uno de los gobiernos. En la actualidad, algunos contribuyentes pueden utilizar métodos complejos, a veces artificiales, que tienen el efecto de desplazar su base imponible a otros territorios dentro o fuera de la Unión. Al actuar de este modo, los contribuyentes sacan partido de las incoherencias de las legislaciones nacionales para asegurarse de que determinados componentes de la renta no se sometan a imposición en ningún lado o bien para explotar las diferencias entre los tipos impositivo (sic). Al pagar impuestos, las empresas pueden tener una repercusión importante y positiva sobre el resto de la sociedad. Por tanto, puede considerarse que la planificación fiscal agresiva vulnera principios de la responsabilidad social de las empresas. Por consiguiente, son necesarias medidas concretas para solucionar dicho problema[39].

En síntesis, la UE no ha prohibido la planificación fiscal como tal, sino que ha tomado varias medidas para evitar el fraude fiscal con el uso de la planificación fiscal agresiva[40], pues ello sí constituye una ilegalidad. No obstante, los esfuerzos de la UE tienen una aplicación limitada a los países que la conforman, quedando por fuera el resto de países que mantienen transacciones comerciales internacionales.

En el afán por mantener mecanismos de defensa similares por parte de las administraciones tributarias a escala mundial se ha creado la OCDE. Este organismo fue creado en el año de 1948, promovido por los G20[41]. Nace como consecuencia del devastador escenario económico que dejó la Segunda Guerra Mundial. Con ese antecedente, los países miembros plantearon a la cooperación como principal eje de trabajo, por lo que la metodología de desarrollo de la OCDE consiste en reuniones periódicas con el fin de plantear un problema, analizarlo y generar

37 Comité Económico y Social Europeo de 10 de julio de 2013.

38 Abal, Alejandra. *Óp. cit.*, p. 263.

39 Comisión Europea 2012. https://ec.europa.eu (acceso: 5/03/2019).

40 Dentro de las medidas adoptadas se encuentran: adopción de cláusulas dentro de los Convenios para Evitar la Doble Imposición; adopción de cláusulas generales antifraudes en las legislaciones. Ej: artículo 17 del Código Tributario del Ecuador.

41 Grupo de países que manejan las principales economías del mundo: la Unión Europea, Alemania, Arabia Saudita, Argentina, Australia, Brasil, Canadá, China, Corea del Sur, Estados Unidos, Francia, India, Indonesia, Italia, Japón, México, Reino Unido, Rusia, Sudáfrica y Turquía.

políticas para resolverlos[42]. Actualmente, son treinta y cuatro los países miembros de esta organización, los cuales han confirmado que la aplicación de las recomendaciones de la OCDE ha ayudado al desarrollo de políticas y al crecimiento de la riqueza estatal de cada uno de ellos[43].

Dentro de los problemas analizados por la OCDE, se encuentra el tema de la erosión de bases imponibles y traslación de beneficios (*Base erotion and profit shifting* o BEPS por sus siglas en inglés). Este problema ha sido nada menos que la consecuencia de la existencia de vacíos legales y normativos. Si bien la imposición fiscal ha sido vista como una característica de la soberanía de cada estado, ha generado que los organismos legislativos no tomen en cuenta el régimen tributario utilizado en otro Estado. Ello ocurre principalmente cuando se trata de operaciones internacionales, generando en consecuencia vacíos en disposiciones legales e incoherencia en la normativa tributaria, vista desde un aspecto global[44].

Ante esta situación, ¿qué ha hecho la OCDE? Fundamentada en su ideología, la cooperación, crea un plan de acción al respecto, en el que se enfatizan tres temas: (i) identificación de acciones necesarias para combatir las BEPS; (ii) establecimiento de plazos para poner en marcha las acciones; y, (iii) identificación de los recursos necesarios y la metodología para llevarlas a cabo[45]. Estas medidas internacionales han sido consideradas e incluso aplicadas por distintos países. En Ecuador, entendiendo que no es lejano a estás problemáticas, la administración tributaria local ha realizado varios esfuerzos para alcanzar los parámetros de defensa internacionales, con el fin de crear un Estado eficaz en materia fiscal, conforme se analiza a continuación.

## 6. Aplicación en Ecuador

La problemática de la planificación fiscal agresiva también ha afectado a la administración tributaria del Ecuador, lo que ha significado la reducción de ingresos estatales y desequilibrio fiscal. En la presente sección se analizará de forma general el régimen impositivo utilizado en la jurisdicción ecuatoriana, para posteriormente enfocar el análisis en los esquemas de planificación fiscal agresiva más utilizados. Por último, se ofrecerá un resumen de las medidas adoptadas por Ecuador en pro de la estabilidad fiscal.

42 Cerca de 40 000 altos funcionarios de los gobiernos de los países participan cada año en las reuniones de comité de la OCDE para solicitar y revisar los trabajos del secretariado de la OCDE, así como para colaborar con estos. Cuando regresan a sus países, los funcionarios tienen acceso en línea a los documentos de la OCDE y pueden intercambiar información gracias a una red especial. (Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico, 2001. www.oecd.org/about. (acceso: 01/05/2019).)

43 *Ibid.*

44 *Ibid.*

45 *Ibid.*

## 6.1. Régimen tributario de renta global

En primer lugar, resulta importante analizar el objeto del Impuesto a la Renta en Ecuador. De acuerdo con el artículo 1 de la Ley de Régimen Tributario Interno (en adelante la LRTI), este tributo se establece a la renta global que obtengan las personas naturales, sucesiones indivisas[46] y sociedades nacionales o extranjeras. En este sentido, de forma amplísima, se considera ingresos gravados: (i) los ingresos de fuente ecuatoriana obtenidos a título gratuito u oneroso, provenientes del trabajo, capital o ambos; y, (ii) los ingresos obtenidos en el exterior por personas naturales domiciliadas en el país y por sociedades nacionales.

Al manejar nuestra jurisdicción, el régimen de renta global[47], se enfrenta a uno de los más grandes problemas fiscales de la economía mundial, como es la pugna de supremacía entre los regímenes de tributación por fuente o residencia. Un claro ejemplo de esta problemática es la economía digital. Si bien no podemos asegurar que compañías como Netflix o Spotify realizan una planificación fiscal agresiva encaminada directamente a las transacciones realizadas con residentes fiscales ecuatorianos, no es menos cierto que este tipo de operaciones podrían causar un gran perjuicio para la administración tributaria; a continuación, se explica el por qué.

Tal como se analizó en líneas anteriores, en Ecuador, de forma general, todo ingreso obtenido de fuente ecuatoriana constituye ingreso gravado con Impuesto a la Renta. Tomando el caso de las plataformas de *streaming*, estas obtienen un ingreso de fuente ecuatoriana al momento en que uno de sus usuarios (residente fiscal en Ecuador) realiza el pago por los servicios a los que mantiene acceso. Por tanto, la compañía extranjera se encontraría obligada a tributar en Ecuador sobre los ingresos de fuente en razón de la aplicación del artículo 2 de la LRTI. Sin embargo, la mayoría de pagos en este tipo de transacciones, se realizan a través de instituciones del sistema financiero (las cuales no se encuentran obligadas a realizar retenciones en la fuente de Impuesto a la Renta en pagos realizados a favor de no residentes fiscales en Ecuador)[48] que resultan imperceptibles para la administración tributaria.

---

46 La figura que representa un proceso jurídico sucesorio al que la ley confiere el carácter de sujeto del impuesto otorgándole identidad tributaria. Las sucesiones indivisas son contribuyentes desde el fallecimiento del sujeto (causante) hasta la declaratoria de herederos o se haya declarado válido el testamento. (https://derechotributario.org/la-pagina-de-la-afip-define-a-la-sucesion-indivisa-como (acceso: 4/05/2019).)

47 Este régimen se ve recogido en el artículo uno de la Ley de Régimen Tributario Interno: "Establécese el Impuesto a la Renta Global". Así también, el artículo dos de la misma ley considera como renta a los ingresos tanto de fuente ecuatoriana como los obtenidos en el exterior. Ley de Régimen Tributario Interno. *Eiusdem*. Artículo 1 y 2. Este principio consiste en que una persona residente de un país, por el hecho de serlo, deberá tributar en su país de residencia por todas las rentas obtenidas en él y en el extranjero.

48 Mediante el Reglamento para la Aplicación de la Ley Orgánica para la Reactivación de la Economía, Fortalecimiento de la Dolarización y Modernización de la Gestión Financiera publicado en el Registro Oficial No. 312 Suplemento de 24 de agosto de 2018, se estableció la obligación para las instituciones financieras emisoras de tarjetas de crédito o débito que acrediten o envíen ingresos gravados a favor de personas no residentes de efectuar la retención conforme las tarifas previstas; sin embargo, dicha disposición fue derogada mediante el Reglamento para la Aplicación de la Ley Orgánica para el Fomento Productivo, Atracción de Inversiones, Generación de Empleo y Estabilidad y Equilibrio Fiscal publicada en el Registro Oficial No. 392 Suplemento de 20 de diciembre de 2018.

Pese a que mucho se ha discutido sobre la gravabilidad de este tipo de ingresos en aplicación de los criterios de fuente o residencia, lo cierto es que, por los hechos fácticos, se podría considerar que no se ha cumplido con la normativa tributaria ecuatoriana, lo cual resulta en que no le sea posible a la administración tributaria recaudar los impuestos que deberían haberse cancelado en razón de los ingresos de fuente ecuatoriana.

### 6.2. Estructuras de planificación tributaria utilizadas en Ecuador

Ahora bien, el caso planteado solo es una de las formas en que se podría afectar al pago justo de tributos. Los índices actualizados publicados por el Servicio de Rentas Internas (en adelante SRI) demuestra que las estructuras de planificación tributaria agresiva más utilizadas en Ecuador son: (i) transacciones con empresas fantasmas; (ii) subcapitalización de aportes de capital; (iii) pagos simulados al exterior; y, iv) *treaty shopping*[49]. A continuación, procedemos a explicar brevemente qué implica cada uno de estos esquemas.

#### 6.2.1. Transacciones con empresas fantasmas

En el derecho positivo ecuatoriano, se ha definido a las empresas fantasmas[50] como aquellas que aparentan realizar un hecho económico para justificar transacciones supuestas, ocultar beneficios, modificar ingresos, costos y gastos o evadir obligaciones[51]. En la práctica, este tipo de sociedades realizan la venta de facturas para simular una transacción, en la mayoría de casos con el fin de obtener mayores gastos deducibles y por ende erosionar bases fiscales. Se considera importante señalar que al realizar transacciones con una empresa fantasma se produce un perjuicio para el fisco, pues se ha realizado la evasión de impuestos. Esto podría significar no solamente una posible determinación tributaria por el ente de control, sino además el inicio de procesos penales por defraudación tributaria[52].

#### 6.2.2. Subcapitalización de aportes de capital

Por otro lado, la subcapitalización corresponde a la tergiversación de la realidad sobre los aportes de capital que realizan partes asociadas del exterior. Mediante esta práctica, la compañía residente fiscal ecuatoriana considera a los aportes de capital como préstamos de sus relacionadas con el fin de no gravar tributos por los pagos realizados al exterior, pues se consideran cuotas de pago y no beneficios

49 Servicio de Rentas Internas, Ecuador. *Prácticas de Planificación Fiscal Agresiva.* http://www.sri.gob.ec/web/guest/practicas-de-planificacion-fiscal-agresiva (acceso: 4/05/2019).

50 Si bien de forma general se utiliza el término "empresas fantasma", el catastro del SRI correspondiente a los contribuyentes clasificado en esta categoría incluye personas naturales.

51 Reglamento a la LRTI. Artículo 25. Registro Oficial No. 209 Suplemento de 8 de junio de 2010.

52 Código Orgánico Integral Penal. Artículo 298. Registro Oficial 351 de 29 de diciembre de 2010. Prescribe los hechos considerados como defraudación tributaria, así como el tipo de pena aplicable.

correspondientes a utilidades o dividendos[53]. Sin embargo, esta práctica perniciosa, permite además que la compañía residente ecuatoriana se beneficie de un gasto inexistente, pues muchas veces el valor transferido al exterior incluye el pago de supuestos intereses originados por el préstamo entre relacionadas, lo cual produce también la erosión de bases fiscales.

### 6.2.3. Simulación y *Treaty Shopping*

Por su parte, los pagos simulados al exterior consisten en la simulación de operaciones con terceros (sean relacionados o no) sobre las cuales no existe sustancia económica, con la finalidad de trasladar beneficios al exterior y erosionar bases imponibles de los residentes fiscales ecuatorianos. Adicionalmente, esta práctica se encuentra a menudo relacionada con el *treaty shopping* que consiste en abusar de los convenios para evitar la doble imposición, otorgando el tratamiento correspondiente a ciertos ingresos que gozan de exención fiscal, a otros cuantos que no mantienen la misma naturaleza ni características. Además, esta práctica incluye el traslado de beneficios mediante figuras jurídicas que por su forma no deben considerarse como renta gravada ecuatoriana, aun cuando las mencionadas operaciones carezcan de realidad económica.

## 6.3. Medidas adoptadas por Ecuador en pro de la estabilidad fiscal

Después de haber analizado brevemente los esquemas de planificación tributaria agresiva más utilizados en Ecuador, se procederá con el estudio de la normativa que permite la lucha contra estas prácticas y los mecanismos para contrarrestar y mitigar estos esquemas. En un sinnúmero de ocasiones, la administración tributaria ha basado sus actuaciones en relación con la determinación tributaria por la planificación fiscal agresiva en el principio de "sustancia sobre la forma" recogido en el Código Tributario[54] como sigue:

> Cuando el hecho generador consista en un acto jurídico, se calificará conforme a su verdadera esencia y naturaleza jurídica, cualquiera que sea la forma elegida o la denominación utilizada por los interesados.
>
> Cuando el hecho generador **se delimite atendiendo a conceptos económicos, el criterio para calificarlos tendrá en cuenta las situaciones o relaciones económicas que efectivamente existan o se establezcan por los interesados, con independencia de las formas jurídicas que se utilicen** (énfasis añadido).

53 Mediante la Ley Orgánica para el Fomento Productivo, Atracción de Inversiones, Generación de Empleo y Estabilidad y Equilibrio Fiscal publicada en el Registro Oficial No. 392 Suplemento de 20 de diciembre de 2018, se estableció que los dividendos pagados a no residentes se considerarán como ingresos gravados solamente en caso de existir un residente fiscal ecuatoriano en la cadena accionarial o la compañía originadora de los beneficios no haya reportado su composición societaria.

54 Código Tributario. Artículo 17. Registro Oficial No. 38 Suplemento de 14 de junio de 2005.

La norma transcrita prescribe que, cuando sea necesario establecer la naturaleza de transacciones que atienden a meros hechos económicos, se deberá verificar la existencia y real naturaleza de estos, a pesar de las figuras jurídicas asignadas. La aplicación de este artículo ha sido ampliamente criticada, toda vez que determina el tratamiento que debe aplicarse sobre el hecho generador de un determinado impuesto, mas no de gastos considerados como deducibles. Sin embargo, la Corte Nacional de Justicia ha establecido, como precedente jurisprudencial obligatorio, que para considerar un gasto como deducible para efectos del cálculo del Impuesto a la Renta, se debe tener en cuenta que, además del cumplimiento de los requisitos formales, se debe demostrar que efectivamente se haya realizado la transferencia del bien o que se haya prestado el servicio[55].

Mediante la aplicación del mencionado precedente jurisprudencial obligatorio, la administración tributaria ha apoyado sus actuaciones en la búsqueda de la realidad económica de las transacciones vinculadas a los esquemas de planificación tributaria agresiva. Con ello se ha logrado reducir la transferencia abusiva de beneficios al exterior y la evasión fiscal. No obstante, resulta imperativo mencionar que, cobijados en este precedente jurisprudencial obligatorio, la administración tributaria, en ciertos casos, también ha abusado de sus facultades, al suponer que todas las transacciones realizadas por los contribuyentes (en especial las mantenidas con partes relacionadas del exterior) carecen de realidad económica hasta que se demuestre lo contrario, tal como se puede apreciar en el expediente de casación No. 226-2009 seguido por el SRI en contra de la compañía Schlumberger[56].

En otro orden de ideas, y alineando con los criterios internacionales sobre los mecanismos para contrarrestar y mitigar los riesgos derivados de la planificación fiscal agresiva, Ecuador se ha esforzado por realizar las mejores gestiones con el fin de alcanzar e implementar dichos parámetros.

El 2 de febrero de 2017, Ecuador, a través del Ministerio de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana, el entonces Ministerio Coordinador de la Política

55 Corte Nacional de Justicia. Resolución No. 07-2016. Registro Oficial No. 894 de 1 de diciembre de 2016.

56 La administración tributaria fundamenta el recurso en las causales 1a., 3a y 4a. del art. 3 de la Ley de Casación y aduce que al expedirse la sentencia impugnada, se ha infringido los artículos 17 e inciso final del 27, hoy 28 del Código Tributario y 18 del Código Civil. Sustenta que la empresa multinacional Schlumberger, aportó capital bajo la figura de préstamo a la actora de este juicio, la cual de ese modo pudo deducir intereses; que de ese modo se logró una base imponible menor; que la administración en su actuación, al tenor del art. 17 del Código Tributario hizo predominar el principio de la realidad económica y la prevalencia de la sustancia sobre la forma; que sobre el particular existe la sentencia del caso 127-2007 de 3 de abril de 2009, en el que se declara que no basta el cumplimiento de los requisitos formales para la aceptación de las deducciones; que tal criterio concuerda con el expresado por la Superintendencia de Compañías en la doctrina número. 147; que la administración en el caso en discusión, no lo ha calificado de elusión sino de simulación; que sí es posible calificar la intención jurídica de las personas que intervienen en un negocio, así como las verdaderas relaciones económicas que existen entre las partes con independencia de las formas jurídicas que utilicen; que se trata de una caso de simulación, lo que se infiere por el monto del pasivo que representa el 84,30 % del activo lo que no le convierte a la empresa en sujeto de crédito en el monto del préstamo solicitado; que no se trata de un caso de economía de opción; que la sentencia resuelve sobre asuntos no controvertidos, pues, la administración no ha objetado el valor de los instrumentos privados; que la responsabilidad por un año prevista en el art. 27 del Código Tributario, hoy 28, no es aplicable al caso, pues, no se trata de adquirentes de bienes o negocios, sino de una subrogación de crédito; que no se trata del caso previsto en el numeral 2 del art. 28 del Código Tributario; que de los informes periciales, se infiere que no se trató de un préstamo, sino de una provisión de fondos y que se ha incurrido en indebida valoración de la prueba. (Corte Nacional de Justicia. Sala de lo Contencioso Tributario. *Causa N. 226-2009*. Sentencia, 27 de julio de 2010.)

Económica y el SRI, solicitó al Foro Global de Transparencia y el Intercambio de Información para Fines Fiscales su adhesión a este organismo, la cual fue aceptada el 26 de abril de 2017[57]. Tras la adhesión al Foro Global de Transparencia y el Intercambio de Información para Fines Fiscales, Ecuador se enfrentó a nuevos desafíos al tener que encaminarse a la implementación de los estándares con los cuales los países miembros deben trabajar. Como se analizó en líneas anteriores, las jurisdicciones que forman parte del Foro Global de Transparencia y el Intercambio de Información para Fines Fiscales, mantienen dos obligaciones principales: (i) el intercambio de información bajo pedido; y, (ii) el intercambio de información automático.

Con relación a estas tareas, el legislativo comenzó a crear el camino en el marco normativo ecuatoriano para cumplir los estándares del Foro Global de Transparencia y el Intercambio de Información para Fines Fiscales, mediante la Ley de Reactivación de la Economía Fortalecimiento de la Dolarización y Modernización de la Gestión Financiera[58]. La disposición general primera de esta norma menciona:

> El Servicio de Rentas Internas, la Superintendencia de Bancos y cualquier otro órgano de regulación y/o control, en el ámbito de sus respectivas competencias, **emitirán la normativa secundaria necesaria para la implementación de las acciones o cumplimiento de las exigencias derivadas de la adhesión del Ecuador al "Foro Global Sobre Transparencia e Intercambio de Información para Fines Fiscales", especialmente respecto de la aplicación de normas y procedimientos de comunicación de información y debida diligencia, aceptadas internacionalmente** (énfasis añadido).

En cumplimiento de la citada norma, el SRI ha expedido la Resolución No. NAC-DGERCGC19-0000003[59]. En ella ha establecido las normas y procedimientos para la implementación del estándar sobre intercambio automático de información que será materializado mediante el Anexo de Cuentas Financieras de No Residentes, el cual se encuentran obligadas a presentar las instituciones financieras y fideicomisos que cumplan con los requisitos correspondientes. Si bien la creación de normativa interna para contrarrestar mecanismos de planificación fiscal agresiva se ha desarrollado en estos últimos años, se considera de gran importancia los esfuerzos realizados por la administración tributaria, pues en algún momento debía alinearse con el plano internacional.

Por otro lado, el 11 de septiembre de 2018, fue aceptada la petición realizada por Ecuador respecto a su intención de adherirse a la Convención Multilateral sobre Asistencia Administrativa Mutua en Materia Fiscal (en adelante CAAM), al invitar

57 Servicio de Rentas Internas. *Foro Global Intercambio de Información*, 2019. http://www.sri.gob.ec/web/guest/foro-global (acceso: 01/05/2019).

58 Ley de Reactivación de la Economía Fortalecimiento de la Dolarización y Modernización de la Gestión Financiera. Registro Oficial Suplemento No. 150 de 29 de diciembre de 2017.

59 Servicio de Rentas Internas. Resolución NAC-DGERCGC19-0000003. Registro Oficial No. 428 Suplemento de 14 de febrero de 2019.

al Estado ecuatoriano a formar parte de esta comunidad. Actualmente, Ecuador ha sometido a un proceso de ratificación a cargo de la Presidencia, la Asamblea Nacional y la Corte Constitucional, el instrumento de adhesión a la CAAM[60].

Como un esfuerzo adicional por alinearse a los esfuerzos mundiales en contra de la planificación fiscal agresiva, el 19 de noviembre de 2018, el presidente Lenin Moreno, suscribió el Decreto Ejecutivo No. 561[61], mediante el cual, se ordena la constitución de un Comité, cuyo objetivo principal será la adhesión de nuestro país a la OCDE.

Se espera que los esfuerzos del Gobierno ecuatoriano y la administración tributaria logren encaminar el país a prácticas antiabuso mundiales, así como también hacia mecanismos legales que sean instrumentos idóneos para la identificación de la práctica de esquemas de planificación tributaria agresiva en Ecuador. Esto con el fin de que se respeten los principios generales del Derecho Tributario y se obtenga el equilibrio en la economía fiscal.

## 7. Conclusiones

A lo largo del presente artículo, se ha intentado transmitir a los lectores la importancia del Derecho Tributario en la actualidad, pues constituye la herramienta necesaria para contrarrestar la práctica de planificación fiscal agresiva en todo el mundo. La planificación tributaria *per se* no es mala; sin embargo, mantiene un límite que está trazado en consideración de la reducción o anulación de cargas fiscales, mediante estructuras abusivas que se aprovechan de vacíos legales, contradicciones normativas, regímenes tributarios con escasa imposición, entre otros factores. Este tipo de esquemas repercuten de forma negativa en la tributación justa y el equilibrio fiscal.

Tanto la elusión cuanto la evasión fiscal se enmarcan dentro de la planificación fiscal agresiva. Mientras la primera equivale al uso de esquemas que buscan no caer en los supuestos jurídicos que originan el hecho generador de un impuesto, la segunda incumple con la obligación tributaria mediante simulación u ocultamiento de información, por lo que constituye defraudación tributaria. Si bien existe una diferencia marcada entre estos esquemas, lo cierto es que ambas figuras representan riesgos para las administraciones tributarias, en razón de su objetivo final: reducir o eliminar gravámenes tributarios.

Dado que las prácticas tributarias perniciosas afectan a las administraciones tributarias de todos los países, varios organismos como la Unión Europea y la OCDE han buscado crear mecanismos de defensa que permitan contrarrestar el

60 Servicio de Rentas Internas. *Foro Global Intercambio de Información, Óp. cit.*

61 Decreto Ejecutivo 561. Artículo 1: “Constitúyase el Comité encargado de coordinar y dirigir el proceso de acercamiento y adhesión de la República del Ecuador a la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico”.

uso de esquemas fiscales agresivos. La aplicación de estos mecanismos ayudará a transparentar las transacciones económicas entre países, lo que a su vez significará la reducción de riesgos por el uso de estructuras elusivas y evasivas de tributos.

Los riesgos fiscales en relación con los esquemas para eliminar cargas tributarias son una realidad en Ecuador. Este hecho ha generado que el país haga frente a esta problemática con dos herramientas fundamentales. Primero, el artículo 17 del Código Tributario, que, si bien en ciertos casos ha sido irrazonablemente aplicado por la propia administración tributaria y los juzgadores, constituye la norma positiva que permite contrarrestar problemas derivados de la planificación fiscal agresiva. Segundo, sumarse a la corriente mundial para contrarrestar las prácticas perniciosas con la adhesión del Ecuador al Foro Global de Transparencia y el Intercambio de Información para Fines Fiscales, la CAAM y la OCDE, lo cual ha implicado grandes esfuerzos por entender la problemática mundial y sus posibles soluciones.

# Human rights as a protection mechanism for the environment: is it possible to include IACHR's Advisory Opinion 23/17 in the Ecuadorian legal system?

**Josselyn Jessenia Espinoza Bautista**
Universidad San Francisco de Quito USFQ, student of Law,
Cumbayá Campus, Post Office Box 17-1200-841, Quito 170901, Ecuador.
E-mail: josselynespinoza4@gmail.com

Recibido / Received: 12/03/2019
Aceptado / Accepted: 26/03/2019
DOI: 10.18272/lr.v6i1.1398

## Abstract
The Inter-American Court of Human Rights, on November 15th of 2017, issued an Advisory Opinion on the environment and human rights. The relevance of this Opinion is reflected in the development made by the Court on state obligations in relation to the environment. The Court recognized the "undeniable relationship between the protection of the environment and the realization of other human rights." In this virtue, this article seeks to scrutinize and synthesize the foundations of the Advisory Opinion. Finally, since advisory opinions are not binding nor obligatory for Ecuador (or any other state), this article develops an analysis on one possible solution (conventionality control) for the inclusion of the Advisory Opinion 23/17 in the Ecuadorian legal system.

## Keywords
environmental human rights; environment; protection mechanism; advisory opinion; Inter-American System; Inter-American Court of Human Rights

## *Derechos humanos como mecanismo de protección para del medio ambiente: ¿es posible incluir la Opinión Consultiva 23/17 de la Corte IDH en el sistema jurídico ecuatoriano?*

## Resumen
*La Corte Interamericana de Derechos Humanos, el 15 de noviembre de 2017, emitió una Opinión Consultiva sobre el medio ambiente y los derechos humanos. La relevancia de este dictamen se refleja en el desarrollo realizado por el tribunal sobre las obligaciones estatales en relación con el medio ambiente. La Corte reconoció "la innegable relación entre la protección del medio ambiente y la realización de otros derechos humanos". En esta virtud, este artículo busca examinar y sintetizar los fundamentos de la Opinión Consultiva. Finalmente, dado que las opiniones consultivas no son vinculantes ni obligatorias para Ecuador (o cualquier otro Estado), este artículo desarrolla un análisis de una posible solución (control de convencionalidad) para la inclusión de la Opinión Consultiva 23/17 en el sistema legal ecuatoriano.*

## Palabras clave
*derechos humanos ambientales; ambiente; mecanismo de protección; opinión consultiva; Sistema Interamericano; Corte Interamericana de Derechos Humanos*

## 1. Introduction

The Inter-American Court of Human Rights (hereinafter the Court, IACHR, or the Inter-American Court), on February 7, 2018, made its response to a request for an advisory opinion made by the Republic of Colombia (hereinafter Colombia) on March 14, 2016. This request resulted in the Advisory Opinion 23/17, officially titled "State obligations in relation to the environment in the framework of the protection and guarantee of the rights to life and physical integrity - Interpretation and scope of Articles 4.1 and 5.1, in relation to Articles 1.1. and 2 of the American Convention on Human Rights"[1].

It should be recalled that in March of 2016, Colombia requested the Inter-American judges to clarify what was happening to the rights of the Colombian island populations in the Caribbean threatened by megaprojects promoted by other States that could have a transboundary impact on the Caribbean marine environment. As is well known, once a request for an advisory opinion has been received, it is object of notification to the other States and to the Inter-American organs (as to the general public)[2]. The text of the Advisory Opinion 23/17 reaffirms a series of principles in environmental matters and in the matter of human rights that go far beyond of what was indicated by Colombia in its official request.

As this is the first opportunity in which the Court is requested in environmental matters, in the framework of an advisory procedure, the broad interpretation given by the Inter-American judges allows us to specify the scope of some of the provisions of the American Convention of Human Rights of 1969 (hereinafter the Convention, the American Convention, or the ACHR) and of other Inter-American instruments. In that sense, this paper will discuss some basic concepts related to the subject in question; among them, the rights of nature and the biocentric perspective of law. In addition, new trends in environmental law and its relation to human rights will be discussed. Moreover, this work will focus on the lines that follow in the consultative procedure foreseen by the Inter-American Human Rights System. Finally, since advisory opinions are not mandatory nor binding for Ecuador, a solution for the possible inclusion of the Advisory Opinion 23/17 in the Ecuadorian legal system will be outlined.

## 2. Preliminary concepts

### 2.1. Advisory opinion

The advisory opinions issued by the Inter-American Court of Human Rights are intended to help the State parties to comply with the treaties without submit-

1 Inter-American Court of Human Rights. Advisory Opinion 23/17 of November 15th, 2017.

2 Rules of Procedure of the Inter-American Court of Human Rights.Article73. Approved by the Court during its LXXXV Regular Period of Sessions, held from November 16 to 28, 2009.

ting them to the formality and sanctions system that characterizes the litigation process[3]. But these opinions, as the Court itself admits, "do not have the same binding effect that is recognized for their judgments"[4] in contentious matters[5]. The tendency is, however, to admit a greater importance of the Court's advisory opinions when it comes to collaborating in the interpretation of the American Convention of Human Rights. Moreover, advisory opinions allow the Court to issue interpretations that contribute to strengthening the system of protection of human rights[6]; and although advisory opinions "do not have the binding character of a judgment in a contentious case, it has undeniable legal effects"[7].

Admitting that an advisory opinion has legal effects involves far-reaching consequences. The first consequence is discarding the thesis that defends advisory opinions have a simple moral value[8]. The second one is that the advisory opinion can be stablished as an authoritative interpretation, that is, an authentic interpretation of the ACHR and other treaties on human rights. In this regard, the Inter-American Court is the organ of the Inter-American System for the Protection of Human Rights in charge of interpreting and applying the provisions of the Convention, as provided in its Article 62.3[9]. The third consequence is that the interpretation contained in an advisory opinion has effects even for those countries that have not recognized the jurisdiction of the Court since Article 64 of the ACHR provides that it is not necessary to be part of the ACHR to request an advisory opinion. The fourth consequence is that the consultative jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights becomes a benchmark regarding the legality of the actions of the public powers.

## 2.2. Nature's rights

In recent years, Latin American Constitutions have presented great legal transformations as a result of neo-constitutionalism[10] adapted to our socio-cultural reality. In the Ecuadorian case, this conversion has been performed with a great influence of the ideology and wisdom of the ancestral peoples. Under this notion, several "new" rights and concepts have been stated in the 2008 Constitution, some of those are *sumac kausay*[11] and the declaration of nature as subject of rights[12].

3 *Cfr.* Inter-American Court of Human Rights. Advisory Opinion 3/83. September 8th, 1983.
4 Harrison, James. "Significant International Environmental Law Cases: 2017 – 2018". *Journal of Environmental Law*, Volume 30, Issue 3 (2018), p. 536.
5 *Cfr.* Inter-American Court of Human Rights. Advisory Opinion 1/82. September 24th, 1992.
6 *Cfr.* Inter-American Court of Human Rights. Advisory Opinion 14/94. December 9th, 1994.
7 Inter-American Court of Human Rights. Advisory Opinion 16/97, November 11th, 1997, par. 122.
8 As a matter of fact, it has such relevance that jurisprudence decisions express the interpretation and application that the Court has given to international treaties and conventions (that have relation with the matters raised in the request for advisory opinion).
9 Free translation. Article 62.3.: The Court has jurisdiction to hear any case regarding to the interpretation and application of the provisions of this Convention submitted to it, provided that the States Parties in the case have recognized or recognized such competence […].
10 *Cfr.* Gargarella, Roberto. *The "New" Latin American Constitucionalism: Old Wine in New Skins. In: von Bogdandy, Armin et al. Transformative Constitucionalism in Latin America. The emergence of a New Ius Commune*. New York: Oxford University Press, 2017.
11 Constitution of the Republic of Ecuador. Article 71. Official Register No. 449 of October 20th, 2008.
12 *Eiusdem*. Article 14.

Norberto Bobbio expresses that the multiplication of rights arises mainly for three reasons: "a) because the number of goods considered worthy of being protected has been increasing; b) because the ownership of rights has been extended to subjects other than men and; c) because 'man' has been dismissed as a generic being and has seen the need to consider its specificity"[13]. Regarding the second point, the author points out that the new rights come from: "the extension of the ownership of some typical rights to subjects other than man"[14]. This means there is a transition from man (as the sole holder of rights) to other subjects that are not necessarily human. Hence, the emergence of new rights has a circumstantial relationship with the evolution of society, and it responds to the demands that it imposes. But it is also the result of a consolidation of social values, principles and needs. In this sense, Bobbio states that there is an emerging conception of the so-called rights of nature as a means to protect environment from the constant hazards and contamination to which it is constantly exposed (it is important to note that the need of environmental protection is also linked to human health interests).

The recognition of these new rights thus implies, on the one hand, the extension of the guardianship to new subjects and, on the other, the need for them to be ascribed to the legal systems to make possible their protection through specific guarantees. However, once these rights are recognized, the problem that arises is how to make their enforceability possible. As for that matter, it is essential that adequate and sufficient guarantees are established to allow full exercise of these rights, otherwise, they would not be more than mere declarations[15].

## 2.3. Anthropocentrism and biocentrism

The anthropocentric vision refers to a functional way of valuing the diversity of processes and biological entities, where the interests of man are above the interests of nature[16]. From this position, the value of living beings or species is subordinated to the utility that these represent to the human being. Under this conception, the human being is conceived as an end while nature is a means. It refers to the idea that human beings are the center of the universe and that the environment must be protected by their value in maintaining or improving the quality of human life.

The expression "environment" is a distinctly anthropocentric definition since it refers to the environment that surrounds the human being. On that matter, the right to a healthy environment arises from the need to guarantee a healthy life for the human being by regulating the use of natural resources. Consequently, this

13 Free translation. Bobbio, Norberto. *El tiempo de los derechos*, Madrid: Editorial Sistema, 1989, p.115.

14 Free translation. *Ibid.*

15 There is a difference between the solemnly proclaimed rights and those effectively protected in a legal system. This implies that rights must not only be declared but must also be equipped with adequate enforcement mechanisms.

16 *Cfr.* Boddice, Rob. *Anthropocentrism: Humans, Animals, Environments*. Boston: Tuta Sub Aegide Pallas, 2011.

vision is always based on the human being as a direct beneficiary of any protection or conservation mechanism.

On the other hand, biocentrism defends the thesis that all living beings have an inherent value[17]. Consequently, it proposes a respectful relationship with all forms of life. The biocentric position recognizes, then, that living beings and their environmental support have their own values. Hence, this recognition would generate rights to nature. It is necessary to point out that this recognition does not mean granting the same value to all living beings but recognizing that all living beings have their own value.

Note that this position does not imply that nature must remain intact or untouchable. According to Gudynas, the protection of nature does not mean renouncing to development, on the contrary, there is a recognized and defended necessity to intervene in the environment to take advantage of the necessary resources to satisfy vital needs[18]. From this perspective, the intervention in nature is related to an austere and respectful vision, understanding that its conservation is a necessary condition for development.

## 3. Environmental law: new trends and concepts

There are new trends, globally, in relation to environmental law. Environmental law is such a mutant and changing law, that if its study is left for four years, its principal ideas would be totally lost. In the nineties, the golden age of environmental law, the Declaration of Rio, the Rio 92 Summit, the United Nations Convention for Climate Change, the United Nations Convention for Desertification, the United Nations Convention on Biological Diversity and the Agenda 21 were held. But, from one moment to the next, environmental law fell asleep. We have spent decades with an environmental law that has not advanced much. However, in recent years, environmental law has been changing. What are those great changes that have been happening? Are we facing a revolution in environmental law? To answer these questions and solve the topic of this Article, it is necessary to raise certain relevant events in relation to the main issue of this research work, Advisory Opinion 23/17.

### 3.1. Relevant events linked to new environmental law trends

First, in 2017, President Emmanuel Macron of France adopted the Global Compact for the Environment (also known as the UN Global Compact) and took it,

17 *Cfr.* Lanza, Robert. *Biocentrism: How life and Consciousness are the Keys to Understanding the True Nature of the Universe.* Dallas: Benbella Books, 2009.

18 Gudynas, Eduardo. *Los Derechos de la Naturaleza y la Naturaleza de sus Derechos.* Quito: Ministry of Justice, Human Rights and Culture, 2011, p.100.

one year later, to the General Assembly of the United Nations[19]. A remarkable aspect is that until the intervention of Macron, only the International Covenant on Civil and Political Rights and the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, both of 1966, were held. This Global Compact for the Environment or UN Global Compact becomes, then, the third international instrument in the field of human rights. Also, it is a document that is relevant for driving the issue of environmental human rights.

Second, the IACHR issued a contentious judgment in Lagos del Campo v. Peru in November of 2017[20]. The Court declared that an economic, social, and cultural right is of direct justiciability[21]; which, comes to break the paradigm of economic, social and cultural rights within the Inter-American Human Rights System. In addition to breaking this paradigm, this resolution (which is about a labour matter issue) uses the acronym ESCAR[22] for the first time; an acronym that corresponds to Economic, Social, Cultural and Environmental Rights. As a result, a direct relationship between human rights and environmental rights is linked. This has an immense repercussion that is reflected in the Advisory Opinion that will be analyzed in this research work.

Finally, the Escazu Agreement was adopted in March of 2018. It seeks to address the innumerable environmental problems, among which are deforestation, soil degradation, water pollution and the dispossession of territories from indigenous peoples and communities[23]. The Escazu Agreement is the first environmental human rights treaty in the region and marks a milestone in the design of future environmental governance. In addition, the Escazu Agreement is not limited to recognizing environmental human rights and the obligations of the States parties. Additionally, it delves into how the countries of the region could guarantee the right to a healthy environment with special attention to vulnerable people and groups (as well as the rights to access to environmental information, effective participation in environmental decision making and access to justice; which is what is called the three environmental rights of procedure or access). Furthermore, it is a document that, for the first time, explicitly contemplates and recognizes the principles of progressivity and non-regression.

## 3.2. Environmental law emerging concepts

There are also three interesting topics related to this subject. In 2016, at the meeting of the International Union for the Conservation of Nature, a Resolution on

19 *Cfr.* Macron, Emmanuel. "Speech by Emmanuel Macron for the United Nations General Assembly". *United Nations General Assembly*. Speech completed in New York City, United States, September 25th, 2018.
20 *Cfr.* Inter-American Court of Human Rights. *Lagos del Campo v. Perú*. Judgment of August 31th, 2017. Series C No. 366
21 *Ibid.*
22 Free translation. The original acronym is DESCA, which corresponds to Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales.
23 *Cfr.* Regional Agreement on Access to Information, Public Participation and Justice in Environmental Matters in Latin America and the Caribbean (2018).

the Rule of Law in Environmental Matters was signed[24]. The Rule of Law implies the subjection of states and individuals to the rules of environmental law. Likewise, in 2018, Brazilia signed the Declaration of Brazilia on water justice[25]. It is a declaration emanating from the 8th World Water Forum; and, it brings an aspect of great importance: the relationship between procedural rights and water justice. There is even talk about the principle *in dubio pro aqua*.

Another issue of relevance is climate justice. Gradually, the issue of climate change is coming to the courts. At the regional level, there is a judgment of the Supreme Court of Colombia that, in addition to granting the Amazon the status of subject of rights, resolves the issue of climate change in Colombia[26]. Hence, the issue of justiciability[27] and the binding[28] obligations of our countries regarding climate change can no longer be ignored.

## 4. Content of the Advisory Opinion 23/17

Colombia presented a request, on March of 2016, to the Inter-American Court for an advisory opinion concerning the interpretation and scope of Article 1, Article 4, and Article 5 of the American Convention on Human Rights[29]. The Articles in question refer, respectively, to the obligation to respect rights, the right to life, and the right to humane treatment and personal integrity. Singularly, Colombia requested the interpretation "in relation to the environment in the context of protection and guarantee of the rights to life and to personal integrity […] [concerning] Articles 1 and 2 of said treaty"[30]. Specifically, the consultation made by Colombia is in relation to possible repercussions on human rights that large projects, developing in the Greater Caribbean, could cause.

To understand the development of the Advisory Opinion it must be stated why the Caribbean area is important for the region. The Great Caribbean is a region of vital economic, social and cultural importance for the entire American continent31. The fishing and tourist activity of the region is vital for the Latin American economies. In addition, the environmental services[32] provided by the Caribbean

24 *Cfr.* IUCN World Declaration on the Environmental Rule of Law (2016).
25 *Cfr*. Brazilia Declaration of Judges on Water Justice (2018).
26 Supreme Court of Justice of Colombia. Civil Appears Chamber. *Sentence STC4360-2018*, February 12th, 2018.
27 In 2015, the Hague Court of Appeal ordered the Dutch government to reduce greenhouse gas emissions by at least 25% by 2020. In explaining the reasons for the resolution, the court argued that the government authorities of any country have the primary obligation to take care of their citizens; thus, protecting air quality must be one of its main priorities. Cfr. The Hague Court of Appeal. *Urgenda Foundation v. The state of Netherlands*. Ruling of October 9th, 2018.
28 These are commitments that, at an internal level, are binding; therefore, they can be brought to justice because there is a close relationship between human rights and climate change. In addition, they are acquired commitments (for the State) that have an impact on health care and ecological balance.
29 *Cfr.* Inter-American Court of Human Rights. Request for an Advisory Opinion presented by the Republic of Colombia concerning the interpretation of Article 1(1), 4(1) and 5(1) of the American Convention on Human Rights. Costa Rica, 2016.
30 Inter-American Court of Human Rights. Official Summary issued by the Inter-American Court of Human Rights.
31 *Cfr.* Manuel, Winograd. *Environmental Indicators for Latin America and the Caribbean: Toward Land-Use Sustainability.* Venezuela: ICCA Biblioteca Venezuela, 1995.
32 *Ibid.*

ecosystems are of great importance for the mitigation and adaptation to climate change[33], especially for the Caribbean, a region of high vulnerability. Hence, any direct impact to its environmental services means a threat to the human rights of the inhabitants of the Americas, not just the inhabitants of the Greater Caribbean.

The Advisory Opinion is, indeed, a milestone at the regional level. The Court, in terms of the environment and human rights, went much further than the European Court of Human Rights. The Court incorporates International Environmental Law, as norms that regulate the Inter-American Human Rights System, directly to the Inter-American *Corpus Juris*. Prior to this advisory opinion, the issue of human rights in relation to the environment was always linked to the rights of indigenous nationalities. There is only one judgment[34] of the IACHR, in terms of environmental human rights, that is not related to the rights of indigenous communities.

## 4.1. State obligations determined by the Inter-American Court

The consultation was about possible negative environmental impacts (i.e., environmental damage) in areas beyond national jurisdiction. In this case, the IACHR concludes several aspects. In the first place, it accomplishes that there are obligations derived from the duties of respecting and guaranteeing the rights to life and personal integrity.

The Court's Advisory Opinion, moreover, establishes a series of obligations that states must meet to comply with the standards of the right to a healthy environment. Among them, are the obligation of prevention[35], obligation of precaution[36], obligation of cooperation; and, finally, procedural obligations (which are the access rights we discussed previously).

### 4.1.1. Obligation of prevention

It is an obligation observed by several international instruments on Environmental Law. Among them, we can mention the Stockholm Declaration on Human

33 On the concept of climate change, its effects, causes and consequences, vid. Letcher, Trevor. *Climate change: observed impacts on planet Earth*. Amsterdam: Elsevier, 2016.; Wallace-Wells, David. *The Uninhabitable Earth: Life after Warming*. New York: Tim Duggan Books, 2019.; Wapner, Paul, and Elver, Hilal. *Reimagining climate change*. New York: Routledge, 2016.

34 *Cfr*. Inter-American Court of Human Rights. *Claude Reyes v. Chile*. Judgment of September 19th, 2006. Series C No. 151.

35 This is related to prevention principle which implies the use of mechanisms, instruments, and policies with the aim of avoiding serious damage to the environment and the health of people. This principle uses numerous management instruments to function, among which can be named: the declarations of environmental impact, environmental permits and licenses, environmental impact studies and their management plans, environmental auditing, public consultation, and, in general, other preventive instruments that aim to obtain information about the negative impacts on the environment. (Cfr. Duvic Paoli, Leslie-Ann. *The prevention principle in International Environmental Law*. New York: Cambridge University Press, 2018.)

36 This is related to precautionary principle which is applied in the absence of scientific knowledge. This principle mandates that an activity must not be authorized when there is no identification of the risks that the activity will subsequently cause once authorized. Hence, the precautionary principle is of an anticipatory nature. (*Cfr.* Freestone, David and Hey, Hellen. *The precautionary principle and International Law.* The Hague: Kluwer Law International, 1996.)

Environment, which includes this obligation in its Articles 2, 4 and 7[37]. There, it talks about the duty of states to evaluate activities with a high environmental impact and the measures to be taken against them. The Court states that the obligation of prevention implies that "states have the responsibility to ensure that activities carried out within their limits of national jurisdiction or under their control do not cause damage to the environment of other States or of areas outside of their jurisdiction"[38].

Later, the IACHR, under the concept of due diligence, gives high priority to this obligation by saying that it involves a prompt, adequate and effective reparation. As a result of this affirmation, comes into question who should be compensated? And who should be repaired? The Court concludes that the reparation must be done both to the people, as to the victim states; regardless of whether it is a licit or illicit activity. Under this scope, the Court employs the concept of environmental objective liability[39]. This concept, according to Lucas Bergkamp (head of the European Regulatory Practice), states that the legal guarantee to demand compensation for damages is independent from the characteristics of the actions of the responsible party[40]. In addition, there must be a causal relationship between action and omission in order to speak of transboundary harm. Nonetheless, the Court says that the liability arises from significant damages; hence, it is not any type of damage that will be subject to the control or protection of the Inter-American system through Article 26 of the Convention, it is necessary that the damage is significant:

> […] many of the treaties that include an obligation to prevent environmental damage, condition this obligation to a certain degree of seriousness in the damage that may be caused. Thus, for example, the Convention on the Law of the Uses of International Water Courses for Non-Navigation Purposes, the Vienna Convention for the Protection of the Ozone Layer, the Framework Convention on the United Nations on Climate Change and the Protocol to the Antarctic Treaty on Environmental Protection establish the obligation to prevent significant damage[41].

The state is required to regulate both state and private activities that may negatively affect the environment. It implies a duty of supervision, control, and sanction of any activity that is generated within the jurisdiction of a state and that may cause significant environmental damage (both within the state and beyond the national jurisdiction). Thus, it is an obligation to request and approve Environmental Impact Studies. In addition, the establishment of incontinence plans and security measures is mandatory; as well as plans to mitigate the significant damage that may occur.

37 *Cfr.* Declaration of the United Nations Conference on the Human Environment (1972).

38 Free translation. Inter-American Court of Human Rights. Advisory Opinion OC 23/17 of November 15th, 2017., par. 128.

39 *Cfr.* Bergkamp, Lucas. *Liability and Environment. Private and Public Law Aspects of Civil Liability for Environmental Harm in an International Context*. The Hague: Kluwer Law International, 2001.

40 *Ibid*.

41 Free translation. Inter-American Court of Human Rights. Advisory Opinion OC 23/17 of November 15th, 2017., par. 134.

On the Environmental Impact Assessment, the IACHR says what are the minimum standards for the preparation of this evaluation[42]. First, it must be done before carrying out the activity with environmental risk. It ought to be done by independent entities that are under the supervision of the state. In addition, it should cover the cumulative impact (that is, the impact it may have in relation to other nearby activities). In second place, there must be stakeholder participation in the environmental impact assessment[43]. Finally, the content must be done considering: (i) the nature, (ii) the magnitude of the project, and (iii) the possibility that the impact may have on the environment and on the people[44].

### 4.1.2. Obligation of precaution

This obligation was stated by several declarations on human rights and environment. Specifically, the Declaration of Rio establishes that:

> In order to protect the environment, the precautionary approach shall be widely applied by States according to their capabilities. Where there are threats of serious or irreversible damage, lack of full scientific certainty shall not be used as a reason for postponing cost-effective measures to prevent environmental degradation[45].

Although the Inter-American Court does not really develop the implications of this obligation, it does establish, clearly, its components. The IACHR determines that states must act in accordance with the precautionary principle for the protection of the right to life and personal integrity; therefore, they should protect those rights against serious and irreversible damage to the environment even in the absence of scientific certainty. Following this provision being made by the Inter-American Court, to bring the precautionary principle into the *Corpus Juris*, we can say that the *pro homine* principle must be balanced with the principle *pro natura*.

### 4.1.3. Obligation of cooperation

In terms of human rights, the jurisdiction where the violation occurs does not limit the responsibility of the State that has acted contrary to its international obligations. In this sense, a broad concept of jurisdiction is developed, and it extends beyond the strict concept of the national territory.In terms of cooperation, for the purposes of protecting the right to life and to integrity, states must notify other states so that the necessary measures can be taken in cases of emergency.

42 *Cfr.* Inter-American Court of Human Rights. Advisory Opinion OC 23/17 of November 15th, 2017., pars. 170 – 173

43 *Cfr.* Inter-American Court of Human Rights. Advisory Opinion OC 23/17 of November 15th, 2017., pars. 166 – 168.

44 For the Inter-American Court, the traditions and cultures of the indigenous peoples that could be affected must be respected (this is the socio-environmental impact assessment). In relation to the rights of indigenous people, the Court in the Saramaka and Sarayaku cases had already been very emphatic on the issue of taking cultural aspects into account when vulnerable populations such as indigenous populations are involved. (Cfr. Inter-American Court of Human Rights. *Kichwa indigenous people of Sarayaku v. Ecuador.* Judgment of June 27th, 2012. Series C No. 245; Inter-American Court of Human Rights. Saramaka people v. Suriname. Judgment of June 28th, 2098. Series C No. 172.)

45 The Rio Declaration on Environment and Development (1992). Principle 15.

It should be noted that this is not a principle proposed by the Court, it is a reaffirmation of a principle that emerged during the decade of the eighties. It arose precisely because of one of the most emblematic cases of environmental damage[46]: the Chernobyl nuclear accident in Ukraine, where the former Soviet Union did not notify other countries about the nuclear contamination that was occurring as a result of the accident[47].

### 4.1.4. Procedural obligations (access to information, participation in decisions, justice)

The Court calls them procedural rights. Since they are developed, in more detail in the Escazu Agreement, it is necessary to consider, at the time of interpreting the Agreement, what the Court determines about these rights. Hence, the Court's development on these obligations aim to serve as an interpretation instrument for the Escazu Agreement.

### 4.1.4.1. Access to information

According to the IACHR, the information must be "accessible, effective and opportune"[48]. Moreover, the individual that requests the information does not have to demonstrate a specific[49] interest since having a diffuse or "multilayer"[50] interest is enough. That is, it is not necessary to have a subjective right in order to access that information[51]. For complying with this obligation, the state must provide a series of mechanisms and procedures for people to request information; as well as the active collection and dissemination of information (it is an issue related to transparency and accountability). In addition, the state has to collect data and put it actively in the hands of the administered. It is not only an obligation of the citizen to request information, but the state must collect that information and make it available to citizens. The Court establishes that the right of access is not absolute because, like other rights, it admits restrictions and limitations. These restrictions must follow the following guidelines: "(i) they must be provided for in the law, (ii) they must meet an objective allowed by the American Convention, and (iii) they must be necessary and proportional to respond to a general interest"[52].

This obligation goes hand in hand with the human right of access to information, which gives people "the opportunity to develop their potential to the fullest and

46 *Cfr.* Larsson, Marie-Louise. *The Law of Environmental Damage.* The Hague: Kluwer Law International, 1999, p. 122 – 126.

47 *Cfr.* Moser, Berthold. The IAEA Conventions on Early notification of a Nuclear Accident and on Assisstance in the Case of a Nuclear Accident or Radiological Emergency. *Nuclear Law Bulletin* No. 44. France: Nuclear Energy Agency, 1989, pp. 10 – 23.

48 Free translation. Inter-American Court of Human Rights. Advisory Opinion OC 23/17 of November 15th, 2017., par. 220.

49 *Cfr*. Inter-American Court of Human Rights. Advisory Opinion OC 23/17 of November 15th, 2017., par. 219.

50 *Cfr*. Wrbka, Stefan; Van Uytsel, Steven; and Siems, Mathias. *Collective Actions. Enhancing access to justice and reconciling multilayer interests?* New York: Cambridge University Press, 2012.

51 *Ibid*.

52 Free translation. Inter-American Court of Human Rights. Advisory Opinion OC 23/17 of November 15th, 2017., par. 224.

realize the full range of their human rights"[53]. Likewise, this right involves "the right to seek information, […] the duty to give information, to store, organize, and make it easily available"[54].

#### 4.1.4.2. Participation in decisions regarding environmental issues

The right to public participation, in environmental matters, is expressly contained in Article 23.1.a. of the Convention. States must guarantee the participation of people in political decision making that may affect the environment. This right must be ensured without discrimination, in an equitable, significant and transparent way (therefore, previously, they must have guaranteed access to relevant information). This participation must be from the early stages of the decision-making process. In addition, the public must be informed about these opportunities for participation. The IACHR says that the mechanisms[55] of participation can be public hearings, notifications, and consultations, participation in the processes of enacting laws (or supporting legislative popular initiative).

This obligation was observed in a previous judgment, Sarayaku v. Ecuador, made by the Court56. The sentence addressed several important issues. One of those was in relation to indigenous people's right to free, prior and informed consultation (in addition, of the standards for its application). Moreover, the standard regarding the need to obtain the consent of indigenous peoples had already been established by the Inter-American Court in the Saramaka v. Suriname judgment in which the Court said that in the case of large-scale development or investment plans that would have a greater impact within the territory, the State has the obligation, not only to consult, but also to obtain "free, prior and informed consent"[57].

#### 4.1.4.3. Access to justice

The Court says that the right of access to environmental justice is based on Articles 1, 25 and 8.1 of the American Convention. This must have repercussion in the jurisprudence of the Ecuadorian Constitutional Court, which we will explain later why. So, what is this right of access to environmental justice? It is the right we have for challenging any rule, decision, act or omission of public authorities that may contravene environmental law obligations. It is also about ensuring the full realization of procedural rights; in addition, it allows remedying any violation of environmental rights resulting from the breach of any environmental

53 Commonwealth Human Rights Initiative. *Open Sesame: Looking for the Right to Information in the Commonwealth*. New Delhi: Spectra Visual World, 2003, p. 23.

54 *Ibid*.

55 These, according to the Inter-American Court are *numerus apertus*.

56 *Cfr.* Inter-American Court of Human Rights. *Kichwa indigenous people of Sarayaku v. Ecuador*. Judgment of June 27th, 2012. Series C No. 245

57 Inter-American Court of Human Rights. *Saramaka people v. Suriname*. Judgment of June 28th, 2098. Series C No. 172.

regulation. As a result, the right of access to justice guarantees the other two procedural rights and, likewise, environmental human rights, broadly.

There is an obligation, on the part of the states, to guarantee the development of the necessary measures to curb environmental problems. This duty is observed and enunciated by ratified international instruments among nations (Stockholm Declaration, Rio Declaration, Convention on Biological Diversity, Convention on Climate Change, Agenda 21, Marrakesh Agreement, Declaration on Sustainable Development, among others). Therefore, it is a responsibility that states assume for the protection of the environment; particularly, the observance of complying with the development of the necessary measures to conserve nature and reduce the risk and impact of environmental damage.

Ecuador is one of the states that has endeavored to develop a large part of the measures that are required to guarantee the protection of the environment. For instance, the Organic Code of the Environment is, together with the declaration of nature as a subject of rights, an indispensable tool when presenting an administrative claim or looking for ways to action in favor of nature. However, there are certain aspects that have not been fully covered by national legislation and, as a consequence, are outside the spectrum of effective protection. As brief examples we can mention (i) the lack of preparation and knowledge of the judges in environmental matters and (ii) the lack of effectiveness in the execution of environmental standards.

The first aspect is related to the lack of relevance given to environmental law and to the "extensive" regulations that it has. One way to solve this is to invest time and state resources for a better preparation of the Judiciary Power. Likewise, it is necessary to generate greater awareness in the judges, since it turns out that the lack of knowledge is due, many times, to the lack of interest. Also, a better communication about the imminent environmental risks that threaten, not only the life of the planet, but also the life of human beings is the main tool to combat this indifference. The second aspect has to do with the lack of clear mechanisms within the Ecuadorian legal system itself; therefore, it is difficult to distinguish which is the applicable institution or procedure for an environmental conflict. The best solution to this problem is the implementation of clear, concise and easily accessible mechanisms.

## 5. Environmental human right (s): a protection mechanism for nature

The Court recognizes the synergy, interdependencies, and inseparability of the following concepts: environment, climate change, sustainable development, and human rights. These are four elements that can no longer be separated and must be a set of typical obligations to be fulfilled by a State. As it follows, the IACHR

reaches the conclusion that within Article 26 of the American Convention is the right to a healthy and balanced environment[58]; likewise, says that we will find that same right in the Protocol of San Salvador in Article 11:

> In the Inter-American Human Rights System, the right to an environment is expressly protected in Article 11 of the Protocol of San Salvador: 1. Everyone has the right to live in a healthy environment and to have basic public services. 2. The States Parties shall promote the protection, preservation and improvement of the environment.
>
> Additionally, this right must also be considered included among the economic, social and cultural rights protected by Article 2684 of the American Convention, because under that norm are protected those rights that derive from economic, social and educational norms, science and culture contained in the OAS Charter, in the American Declaration on the Rights and Duties of Man [...][59].

So, why do we talk about environmental human rights? Why in the plural and not in the singular? The human right to the environment has been seen through time, erroneously, in isolation. It has been projected and applied in such a way that it ends up violating the hardcore of other human rights. That vision is not the correct one. There are no dictatorial or arbitrary human rights. Every human right must be placed under the light of other human rights with which it must coexist and coincide. That is why we speak of environmental human rights in the plural and not in the singular. For that reason, by the application of the human right to the environment, the other rights of other populations cannot be diminished (and even less if those populations are vulnerable).

The needs of the populations must be considered; the right to the environment is one of the people. It is a right that coexists with other important human rights: "the right to life, the right to health, the right to drinkable water, the right to personal integrity, the right to sanitation, the right to food, the right to housing, the right to participation in cultural life, the right to property, the right to not be forcibly displaced and the right to peace"[60]. Also, there are three procedural rights that coexist with environmental human rights. In the Escazu Agreement, they are known as access rights (right of access to information, right to effective participation in environmental decision-making, and access to environmental justice).

This approach to environmental human rights must contemplate the most vulnerable populations. That is, according to the IACHR, "[i]ndigenous communities, children, people living in extreme poverty, minorities, the disabled, women,

58 Furthermore, the IACHR establishes several international instruments where the right to a healthy and balanced environment can be found. Some of those instruments are the American Declaration of Indigenous Peoples, the African Charter on Human Rights, the Arab Charter on Human Rights, and the Declaration of Human Rights of Association of Southeast Asian Nations.

59 Free translation. Inter-American Court of Human Rights. Advisory Opinion OC 23/17 of November 15th, 2017., pars. 56 – 57.

60 *Cfr*. Inter-American Court of Human Rights. Advisory Opinion OC 23/17 of November 15th, 2017.

communities that depend for their survival on environmental resources, communities that due to their geographical location are in danger of being affected in case of environmental damage"[61], among others.

The IACHR understands that the right to the environment has an individual connotation -as a subjective right- and a collective connotation -as an intergenerational diffuse interest-. Correspondingly says that within the Inter-American system, the right to the environment is protected not only because of its usefulness to the human being; but, additionally, because of the importance for other living organisms. It develops, therefore, two approaches: (i) an anthropocentric approach, by mentioning the environment as useful for the human being; and (ii) a biocentric approach, by giving relevance to the biological roles of the organisms that make up the environment. Moreover, the Court informs the trend, global and regional, of recognizing rights to nature[62].

Furthermore, the effectiveness of human rights is intrinsically linked to the guarantee of a healthy environment. This indisputable relationship demonstrates the interdependence of human rights and has been internationally recognized by all international and regional human rights bodies; as well as by most of the Constitutions in the world, including those of Latin America and the Caribbean. The link between environmental conditions and human well-being has been legally recognized in various international instruments. The protection of the environment is a determining factor for the full enjoyment of human rights and its degradation is often also a cause of the violation of these rights[63]. In this regard, the Rio Declaration on Environment and Development (adopted at the 1992 United Nations Conference) proposed an instrumental approach to the link between environment and human rights[64]. At the regional level, the right to a healthy environment was recognized in Article 11 of the Protocol of San Salvador, together with the obligation of the States to protect, preserve and improve the environment.

Finally, the human right to a healthy environment usefully completes the rights of nature. Nature and healthy environment are inseparable, as suggested in principle 1 of the Rio Declaration on Environment and Development that praises "human beings have the right to a healthy and productive life in harmony with nature"[65]. Likewise, the right to life has been interpreted by numerous regional human rights courts, considering that it includes the right to dignified living conditions. The

61 Free translation. Inter-American Court of Human Rights. Advisory Opinion OC 23/17 of November 15th, 2017., par. 67.

62 It is a trend that has two facets, constitutional and jurisprudential. In relation to the constitutional aspect, at a regional level, it has been seen that both Ecuador and Bolivia have recognized nature's rights. Specifically, the state of Ecuador recognizes in Article 396 of the Constitution the following rights: conservation, protection, preservation, and restoration. On the other hand, regarding the jurisprudential aspect, two precedent cases in Colombia have recognized nature's rights (Atrato River and Amazon).

63 *Cfr.* Knox, John. *UN Report of the independent expert on the issue of human rights obligations related to the enjoyment of a safe, clean, healthy and sustainable environment.* New York: United Nations General Assembly, 2012.

64 *Cfr.* Rio Declaration on Environment and Development (1992). Principle 1.

65 *Ibid.*

right to life has also been interpreted in a way that implies obligations for States regarding preventive measures to prevent the violation of the right to life.

## 6. Advisory Opinion 23/17 in the Ecuadorian legal system

After the exploration that we have done on the development that the Court makes in relation to the state environmental obligations, it is worth asking if this Advisory Opinion violates our Constitution or not and whether Ecuador is obliged to comply with the opinion of the IACHR.

The Court's pronouncements must not violate sovereignty and reserved domain of each state. Article 64.1 and 64.2 of the IACHR empowers a state party to request an opinion from the IACHR on the interpretation of the convention, as well as the compatibility of the domestic laws of the requesting state with international treaties[66]:

> Article 64.1. The states members of the Organization may consult the Court regarding the interpretation of this Convention or other treaties concerning the protection of human rights in the American states[67].
>
> Article 64.2. The Court, at the request of a member state of the Organization, may give opinions on the compatibility between any of its domestic laws and the international instruments[68].

In the legal framework of the IACHR, advisory opinions have the objective of interpreting or analyzing the compatibility of a standard with international instruments[69]; "despite having no binding[70] force, […] advisory opinions […] carry great legal weight and moral authority. They are often an instrument of preventive diplomacy and help to keep the peace"[71]. Advisory opinions, for that matter, are not mandatory; that being the main difference with the judgments. The reason they are not binding is that there are no parties in them[72]; hence, it would be unfair that a decision of the Court was mandatory for those who have not appeared before it, nor have they been sued or interpellated. It is not, either, a guideline on how to legislate[73]. According to Article 2 of the Statute of the IACHR, the Court has juris-

66 Some examples are: Advisory Opinion 18/03 requested by the United Mexican States, regarding the Juridical Condition and Rights of Undocumented Migrants; or Advisory Opinion 6/86, relative to the word "Laws" of Article 30 of the ACHR, requested by the Oriental Republic of Uruguay.

67 Free translation. American Convention on Human Rights (1969). Article 64.

68 *Eiusdem*.

69 *Cfr*. Giorgetti, Chiara. *The Rules, Practice, and Jurisprudence of International Courts and Tribunals.* Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2012.

70 An example of the non-obligatory nature of advisory opinions is Advisory Opinion 83/03, requested by Guatemala, which deals with the abolition of death penalty. The IACHR stated that the application of the death penalty is not compatible with Guatemalan legislation since this country had previously signed the ACHR (which expressly prohibits it). However, Guatemalan legislation maintains vestiges of this kind of sanctions.

71 International Court of Justice. *Advisory Jurisdiction.* https://www.icj-cij.org/en/advisory-jurisdiction (access on: 24/July/2018).

72 *Cfr.* Giorgetti, Chiara. *The Rules, Practice, and Jurisprudence of International Courts and Tribunals. Op. Cit.*

73 *Ibid.*

dictional and advisory powers[74]. The second competence (consultative) is exercised, when this body issues this type of non-binding opinions, unlike the judgments.

In this context, does Ecuador have to comply with the Advisory Opinion 23/17? To answer, it is necessary to contemplate the Constitution. In Article 417, it is praised that international treaties will be subject to the provisions of the Constitution (but it also mentions that the application of human rights international treaties must be done under the *pro homine*, no restriction of rights, and direct applicability principles)[75]. Article 425, following the same line of logic, establishes the hierarchy of laws in our country[76]. As stated by these articles, the supreme rule position is occupied by the Constitution followed by international treaties. Moreover, Ecuador recognized the competence and jurisdiction of the IACHR on 1984 by means of Decree No. 2768 of July 24, 1984. However, the obligation to comply with the pronouncements of the IACHR lies in relation to judgments, but not opinions[77]. Thus, Ecuador may reserve its aim to comply with and ratify the advisory opinion; specially because advisory opinions are not international treaties nor binding judgments. As for that matter, Advisory Opinion 23/17 is not binding on Ecuador. It arises, then, a problem on the applicability of the Advisory Opinion. As this is an instrument full of precedents (and statements) of great relevance, it is necessary to fix solutions that guide its inclusion.

## 7. Conventionality control: solution for the inclusion of Advisory Opinion 23/17 in Ecuadorian legal system

The conventionality control can be defined as the search for coherence between the domestic legislation of a country and the international treaties or agreements that it has ratified[78]. In terms of the IACHR, it means that there must be a "dialogue between domestic courts and the Inter-American Court, especially of judicial dialogue on human rights questions"[79]. That is, the control of conventionality is a procedure of congruence of national and international standards; it is carried out through processes of interpretation of international treaties and conventions, as well as the internal laws of a country[80]. Moreover, it establishes the purpose of observing that there is no contradiction between national and international law; and judges must comply with the provisions of international regulations and international court decisions, as they are the ones that are capable of best fulfilling the *pro homine* principle[81].

74 Statute of The Inter-American Court of Human Rights. Article 2. Resolution No. 448 adopted by the General Assembly of the OAS, October 1979.

75 Constitution of the Republic of Ecuador. Article 417. Official Register No. 449 of October 20th, 2008.

76 *Eiusdem*. Article 425.

77 As in the cases of Suárez Peralta v. Ecuador (2013), or Albán Cornejo v. Ecuador (2007), and in others in which Ecuador has been convicted.

78 *Cfr.* Soley, Ximena et al. *Transformative Constutionalism in Latin America. The Emergence of a New Ius Commune*. New York: Oxford University Press, 2017.

79 *Id.,* ps. 248 – 253.

80 *Ibid*.

81 *Ibid*.

According to the Inter-American Court, "advisory opinions are intended to help states and organs comply with and apply treaties [...] without subjecting them to the formality and system of sanctions that characterize litigation"[82]. In 2006, after the case of Almonacid Arellano vs. Chile the principle of conventionality control was born; the IACHR resolved the following:

> The Court is aware that judges and domestic courts are subject to the rule of law and, therefore, are obliged to apply the provisions in force in the legal system. But when a State has ratified an international treaty such as the American Convention, its judges, as part of the State apparatus, are also subject to it, which obliges them to ensure that the effects of the provisions of the Convention are not diminished by the application of laws contrary to its object and purpose, and that from the beginning lack legal effects. In other words, the Judiciary must exercise a kind of '**conventionality control**' between the domestic legal norms that apply in specific cases and the American Convention on Human Rights. In this task, **the Judicial Power must consider not only the treaty, but also the interpretation** that the Inter-American Court, the ultimate interpreter of the American Convention, has made of it[83] [emphasis added].

So, the Court dictates that the rules of the commission are binding; and, also, the interpretations that the Inter-American Court does about them. For that matter, the norms that make up the Inter-American Human Rights System are not, nor are they interpreted, in isolation. Rather, they should be read under the *Corpus Juris* of Inter-American Human Rights that establishes that the norms must be read in consonance with the interpretations that the Inter-American Court of Human Rights has given. In the present case, the Advisory Opinion states an interpretation of Article 1, Article 4, and Article 5 of the American Convention on Human Rights of which Ecuador is signatory state. Subsequently, Ecuador is obliged to comply with the rules of the mentioned Articles in line with the interpretation that the Court has made of them.

Briefly, in the case Almonacid v. Chile, the Court determined that the standard of conventionality control linked all states. Since then, the Court has progressively interpreted the concept of conventionality control. It has even extended the notion's interpretation to advisory opinions; thus, the Court, in Advisory Opinion 16/99, clarified that the opinions are not binding only to the states that consult; in fact, they are mandatory to all the Inter-American states[84].

## 8. Conclusion

Throughout this article, the new trends in environmental law have been discussed. Among them, the legal relevance to the environment that is being provided in the courts, the configuration of the right to a healthy environment as

82 Inter-American Court of Human Rights. Advisory Opinion 3/83. September 8th, 1983.
83 Inter-American Court of Human Rights. Almonacid Arrellano v. Chile. *Judgment of September 26th, 2006*. Series C No. 154.
84 *Cfr.* Inter-American Court of Human Rights. Advisory Opinion 16/99. October 1st, 1999.

part of economic, social and cultural rights, the new international treaties that seek to update environmental protection, among others. Also, the elements of Advisory Opinion 23/17 and the legal concepts developed by the Inter-American Court have been scrutinized.

From this whole journey it can be concluded that Advisory Opinion 23/17 is, certainly, an advance in the field of human rights because it highlights that there is a relationship between protection of the environment and the protection of the rights of the people. Likewise, it points out that the right to a healthy environment is an autonomous right in itself; therefore, it is enforceable against any competent authority. In principle, human rights are a protection that must be guaranteed to people so that their liberties and safeguards are guaranteed.

Within the generations of human rights, there are the economic, social and cultural rights that are understood as intrinsic to man by the mere fact of being a man. Consequently, what these rights seek is to guarantee an anthropocentric interest (since the protection of human beings is sought above all else). On the other hand, the right to a healthy environment involves much more than the protection of the person's rights. This right implies the protection of nature through the protection of human rights. That is, its purposes are related with the environment that surrounds the human being.

Because of the high contamination and constant loss of biodiversity, it is imperative to safeguard the state of nature; because without it, it would be impossible to be in full enjoyment of human rights. For this reason, it is said that it is a biocentric right because its objective is the protection of the human being and the environment that surrounds it. In addition, it is a right that changes the perspective of human rights because it has a relationship with other rights, such as health, life, free development, freedom, integrity (among others) that are affected by environmental problems.

Moreover, the Advisory Opinion 23/17 is an instrument of high relevance for the protection of human rights. In addition, it is part of the new trends that have been developed in environmental law. Likewise, it places a new perspective on the environment and its protection through the so-called "environmental human rights". Its inclusion in the Ecuadorian legal system will depend on the control of conventionality. As seen, the Advisory Opinion does not materially contravene the Constitution of Ecuador. In fact, it is directly binding if the control of conventionality is applied. Indeed, it must be considered that the conventionality control is a standard that obliges the Ecuadorian State to adapt its regime to the provisions of the American Convention on Human Rights and to the interpretations that the IACHR has made of the Convention.

# Alcance y oportunidad del arbitraje en equidad y *ex aequo et bono* dentro del sistema jurídico ecuatoriano

**María Emilia Flores Suasnavas**
Universidad San Francisco de Quito USFQ, estudiante del Colegio de Jurisprudencia, Campus Cumbayá, Casilla Postal 17-1200-841, Quito 170901, Ecuador.
Correo electrónico: mefloress@estud.usfq.edu.ec

**Elías David Orozco Herrera**
Universidad San Francisco de Quito USFQ, estudiante del Colegio de Jurisprudencia, Campus Cumbayá, Casilla Postal 17-1200-841, Quito 170901, Ecuador.
Correo electrónico: eorozcoh@estud.usfq.edu.ec

Recibido / Received: 12/03/2019
Aceptado / Accepted: 26/03/2019
DOI: 10.18272/lr.v6i1.1393

**Resumen**

El arbitraje en equidad, conocido también como *ex aequo et bono*, no ha sido desarrollado satisfactoriamente en la legislación y jurisprudencia ecuatorianas, lo que ha hecho que la doctrina plantee diversas y complejas teorías sobre su alcance y oportunidad. Dichas doctrinas no han sido sistematizadas eficientemente para llegar a un entendimiento global de la cuestión. En el arbitraje en equidad, el árbitro posee facultades discrecionales para laudar de conformidad con su leal saber y entender, noción que distintos tratadistas ecuatorianos y extranjeros han buscado limitar a lo largo de los años. Así, el arbitraje en equidad trae una serie de interrogantes e imprecisiones que provienen de su nomenclatura, su relación con las fuentes formales del Derecho y su aplicabilidad en la parte adjetiva y en la resolución de fondo del laudo.

**Palabras clave**

arbitraje; equidad; ex aequo et bono; alcance; oportunidad; debido proceso arbitral

## *Scope and opportunity of equity and ex aequo et bono arbitrations within the Ecuadorian legal system*

**Abstract**

*Equity arbitration, also known as ex aequo et bono, has not been satisfactorily developed in Ecuadorian laws and judicial precedents. This has encouraged authors to advocate diverse and complex theories about its scope and opportunity. However, those doctrines have not been efficiently systematized to reach a global understanding of the matter. Arbitrators have the ability to issue awards according to their knowledge and understanding, a right that different experts have attempted to limit for several years. In this way, equity arbitration presents several questions because of the inaccuracies founded on its name, its relationship with other formal sources of law, and its applicability to the procedural aspect of the arbitration and substantial decision of the award.*

**Keywords**

*arbitration; equity;* ex aequo et bono*; scope; opportunity; arbitral due process*

## 1. Introducción

El arbitraje es un método alternativo de solución de conflictos que, de acuerdo a Gary Born, se utiliza para resolver "disputas [...] con el objetivo de obtener procedimientos justos y neutrales, flexibles, eficientes, capaces de ser ajustados a las necesidades del caso particular, sin las formalidades y tecnicidades de las reglas procesales aplicables en las cortes nacionales"[1]. De acuerdo con Born, las partes gozan de autonomía sustancial para acordar el procedimiento arbitral, y a los árbitros, encargados de dictar la decisión final mediante un laudo, se les confiere amplias facultades discrecionales cuyo límite se encuentra únicamente en el acuerdo en contrario de las partes.

Según la forma de dictar el laudo, el arbitraje puede darse en derecho —*arbiter iuris*— o en equidad —*arbiter ex aequo et bono*—. Aquel se resuelve mediante las fuentes del derecho (legislación, jurisprudencia, costumbre, principios generales del Derecho y doctrina), y no presenta mayores inconvenientes. Este, por el contrario, se resuelve según el leal saber y entender del árbitro, noción que ha traído discusiones de gran importancia que serán explicadas ampliamente a lo largo de este trabajo. El arbitraje *ex aequo et bono*, conocido de manera imprecisa como arbitraje en equidad, comúnmente alude al arbitraje cuyo fallo contiene una justificación basada en nociones de justicia y conciencia, sin perjuicio de la normativa legal que pueda ser subsumida a los hechos sobre los cuales versa la controversia.

Fernando de Trazegnies presenta una definición sintetizada, sosteniendo que, en la clase de arbitraje en cuestión, "el árbitro extrae la conclusión atendiendo a lo que considera bueno y equitativo"[2]. De manera similar, Trakman conceptualiza a las decisiones *ex aequo et bono* como aquellas en las cuales el adjudicador decide sobre la base de lo que es justo y bueno a la luz de su conciencia lo cual, en algunas ocasiones, puede encuadrarse incluso fuera de la ley[3]. Por último, existen posturas más amplias, como la de Bělohlávek, quien sostiene que, en la práctica internacional, el arbitraje *ex aequo et bono* presenta una toma de decisiones *praeter legem* en dominio de principios de moralidad y equidad, siendo esta última la noción subjetiva que el árbitro concibe de justicia.[4]

Distintos son los alcances que se atribuyen a esta clase de arbitraje, pues existen posturas que lo favorecen otorgándole la cualidad de desapego sustancial a la norma jurídica. Como indica Lauterpatch, el arbitraje en equidad "[i]ntroduce la posibilidad

1 Born, Gary. *International Arbitration: Law and Practice*, segunda edición. Países Bajos: Kluwer Law International, 2016, pp. 1-44.

2 De Trazegnies Granda, Fernando. "Arbitraje de Derecho y arbitraje de consciencia". *Ius Et Veritas*, No. 12 (1996), pp. 115.

3 Traducción libre. Trakman, Leon. "Ex Aequo Et Bono: Demystifying an Ancient Concept". *Chicago Journal of International Law*, Volumen 8, No. 2 (2008), pp. 621.

4 Bělohlávek, Alexander J. "Application of law in arbitration, ex aequo et bono and amiable compositeur". *Czech (& Central European) Yearbook of Arbitration* (2013), pp. 25-51.

de modificar la ley en conformidad con la justicia y requerimientos políticos”[5]. Por otro lado, distintos sectores de la doctrina le otorgan a esta modalidad un carácter más limitado, en que la sujeción al ordenamiento jurídico positivo es fundamental. Tal es el caso de Trazegnies, quien advierte que “[l]a equidad no implica rechazar los criterios de Derecho sino ampliarlos de manera que el árbitro disponga de más poder discrecional para llegar a una solución adecuada”[6]. Sin embargo, si se analiza detenidamente el texto, se podrá notar que existe una importante distinción en la terminología empleada por cada autor. Además, quienes en algunos casos hacen uso del término *ex aequo et bono*, en otras secciones se refieren al arbitraje en equidad. La distinción no es nada inocua pues, como se explicará más adelante, cada término acarrea consecuencias jurídicas distintas y, en tal sentido, otorga al árbitro facultades diferentes al momento de laudar.

Como se puede ver, el arbitraje en equidad es una institución que no ha sido desarrollada a profundidad en la jurisprudencia, y que ha sido abordada muy pobremente en la legislación nacional. La doctrina, por su parte, no ha logrado llegar a un consenso al respecto del alcance de la equidad en relación con la normativa adjetiva. Por eso, el presente trabajo, con temor a ser tachado de ambicioso, procurará sistematizar las tesis y argumentos que responden a los problemas mencionados e intentará explicar cuál de ellas debería aplicarse en Ecuador a la luz del ordenamiento jurídico vigente.

## 2. Plexo normativo

El arbitraje *ex aequo et bono* ha sido un instrumento de gran eficacia para la resolución de controversias, principalmente de índole comercial, pues encuentra su utilidad máxima en las controversias internacionales que exceden el ámbito de aplicación de las leyes nacionales. En consecuencia, las firmas contratantes prefieren que sus conflictos se resuelvan sobre la base de principios de buena fe en lugar de verse en la desgastante necesidad de sujetarse al formalismo y a la inflexibilidad de las normas positivas[7]. En tal tenor, varias legislaciones, incluida la ecuatoriana, han acogido diversos conceptos y regulaciones para esta clase de arbitraje. Algunas convenciones internacionales, de igual forma, se refieren a la materia en cuestión, a diferencia de otras que, por el contrario, guardan silencio con respecto a la misma. A continuación, se procederá a revisar los conceptos que se acogen —o no— en cada una de ellas.

5 Traducción libre. Lauterpatch, Hersch. *The Function of Law in The International Community*. Reino Unido: Oxford University Press, 1933, p. 9.
6 De Trazegnies Granda, Fernando. *Óp. cit.* p. 116.
7 *Ibid.*

## 2.1. Estatuto de la Corte Internacional de Justicia

El estatuto de la Corte Internacional de Justicia es el documento base que reconoce, dentro del Derecho internacional, a la equidad como una fuente para resolver controversias. La Corte Internacional de Justicia, sin tener competencia para conocer conflictos de naturaleza arbitral, incluye la figura de decisiones *ex aequo et bono* en el segundo numeral del artículo 38 de su estatuto: "La presente disposición no restringe la facultad de la Corte para decidir un litigio *ex aequo et bono*, si las partes así lo convinieren"[8]. Del texto se puede evidenciar el carácter convencional en el cual reside la naturaleza de las decisiones en equidad. Incluso al tratarse de un órgano jurisdiccional, con competencia internacional, es evidente la trascendencia que esta modalidad de decisiones ha adquirido en el ejercicio de la administración de justicia.

## 2.2. Convención de Nueva York

La Convención de las Naciones Unidas sobre el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras, también conocida como Convención de Nueva York, suscrita en 1958 y ratificada por Ecuador en 1968, es probablemente uno de los instrumentos legislativos más relevantes en materia de arbitraje comercial internacional[9]. Considerando la relevancia del tratado, llama la atención encontrar que dentro de este no existe disposición alguna referente al arbitraje en equidad o *ex aequo et bono*. Sin perjuicio de esto, se puede observar cómo la Corte de Casación Francesa ha aceptado que se cumplan laudos pronunciados como amigables componedores[10] bajo la Convención de Nueva York[11].

## 2.3. Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional

También conocida como Convención de Panamá, la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional entró en vigor en 1976. Fue suscrita entre Estados Unidos y países de Centro y Suramérica, incluyendo al Ecuador, que la ratificó en 1991. Al igual que la Convención de Nueva York, no contiene ninguna estipulación expresa acerca del arbitraje *ex aequo et bono* o en equidad[12].

8 Estatuto de la Corte Internacional de Justicia (1945). Artículo 38.
9 Born, Gary. *Óp. cit.* p. 3.
10 La expresión «amigable componedor» es definida como un procedimiento en el cual los árbitros fallan sobre la base de disposiciones legales y principios del Derecho, pero teniendo la facultad de alterar los efectos de la aplicación de la norma positiva. La equidad es solo una de las diversas dimensiones de la toma de decisiones como amigable componedor. (*Vid.* Bělohlávek, Alexander J. *Óp. cit.*, p. 25.)
11 Hong, Lin Yu, "Amiable Composition a Learning Curve", *Journal of International Arbitration* (2000), p. 82.
12 Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional (1975).

## 2.4. Convención de Washington (CIADI)

El Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones, conocido por sus siglas CIADI, en inglés ICSID, es una institución del Banco Mundial cuya sede se encuentra en Washington D. C. Su función radica en la resolución de diferencias relativas a inversiones en el plano internacional. En su Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados adopta la posibilidad de que las partes decidan que sus controversias se ventilen por medio de arbitraje *ex aequo et bono*.

> Artículo 42
> 1) El Tribunal decidirá la diferencia de acuerdo con las normas de derecho acordadas por las partes. A falta de acuerdo, el Tribunal aplicará la legislación del Estado que sea parte en la diferencia, incluyendo sus normas de derecho internacional privado, y aquellas normas de derecho internacional que pudieren ser aplicables.
> 2) El Tribunal no podrá eximirse de fallar so pretexto de silencio u oscuridad de la ley.
> 3) Las disposiciones de los precedentes apartados de este Artículo **no impedirán al Tribunal**, si las partes así lo acuerdan, **decidir la diferencia *ex aequo et bono***[13] [énfasis añadido].

## 2.5. Convención de Ginebra

La Convención Europea sobre Arbitraje Comercial Internacional, también conocida como Convención de Ginebra, entró en vigor en 1964. Un sector de la doctrina considera que fue concebida de forma suplementaria a la Convención de Nueva York[14]. Al igual que esta última, no contiene disposición expresa acerca del arbitraje en equidad o *ex aequo et bono*.

## 2.6. Ley Modelo Uncitral

La Ley Modelo, concebida por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional en 1985, es conocida por sus siglas CNUDMI, en inglés UNCITRAL. En palabras de Born, la ley modelo constituye "[e]l instrumento legal más importante en el campo del arbitraje comercial internacional"[15]. A diferencia de la Convención de Nueva York, el instrumento legal en cuestión contiene las siguientes referencias al arbitraje *ex aequo et bono*:

> Artículo 28. Normas aplicables al fondo del litigio
> 1) El tribunal arbitral decidirá el litigio de conformidad con las normas de derecho elegidas por las partes como aplicables al fondo del litigio. Se entenderá que toda indicación del derecho u ordenamiento jurídico de un Estado determinado se

13 Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados (1966). Artículo 42.
14 Born, Gary. *Óp. cit.*, p. 10.
15 *Id.*, p. 11.

refiere, a menos que se exprese lo contrario, al derecho sustantivo de ese Estado y no a sus normas de conflicto de leyes.
2) Si las partes no indican la ley aplicable, el tribunal arbitral aplicará la ley que determinen las normas de conflicto de leyes que estime aplicables.
3) El tribunal arbitral **decidirá *ex aequo et bono* o como amigable componedor** solo si las partes le han autorizado expresamente a hacerlo así.
4) En todos los casos, el tribunal arbitral decidirá con arreglo a las estipulaciones del contrato y tendrá en cuenta los usos mercantiles aplicables al caso[16] [énfasis añadido].

La secretaría de la CNUDMI ha realizado una nota explicativa de la Ley Modelo, en cuyo apartado "Pronunciamiento del laudo y terminación de las actuaciones. Normas aplicables al fondo del litigio", se refiere a las decisiones *ex aequo et bono* como sigue:

> […] [l]as partes pueden autorizar al tribunal arbitral a que decida el litigio ex aequo et bono o como amigable componedor. Por el momento este tipo de arbitraje (en el cual el tribunal arbitral dirime el litigio fundándose en principios que estime equitativos, sin tener que remitirse a un régimen jurídico determinado) no se conoce ni aplica en todos los ordenamientos. Tampoco se trata de regularlo en la Ley Modelo. […] en todos los casos en que el litigio guarde relación con un contrato (incluido el arbitraje *ex aequo et bono*), el tribunal arbitral decidirá con arreglo a las estipulaciones contractuales y tendrá en cuenta los usos mercantiles aplicables al caso[17].

## 2.7. Legislación ecuatoriana

Dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano, se pueden distinguir algunas referencias al arbitraje en equidad. Sin embargo, no existe alusión explícita al término *ex aequo et bono*, salvo en los tratados de los cuales Ecuador es parte. La legislación ecuatoriana ha desarrollado la figura del arbitraje en general y de la equidad en particular en los cuerpos normativos detallados a continuación.

### 2.7.1. Constitución de la República del Ecuador

Por su parte, la Constitución hace una breve mención a la equidad enmarcándola dentro de las atribuciones de los jueces de paz: "Las juezas y jueces de paz resolverán en equidad"[18]. Sin embargo, no se menciona nada con respecto a la equidad en el arbitraje.

### 2.7.2. Ley de Arbitraje y Mediación.

Probablemente la referencia más relevante dentro de este análisis es la facultad que el artículo 3 de la Ley de Arbitraje y Mediación (en adelante LAM) les otor-

16 Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. (2006). Artículo 28.

17 Secretaría de la CNUDMI, *Nota explicativa de la Secretaría de la CNUDMI acerca de la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1985, en su versión enmendada en 2006, 2008*, pp. 25-39. https://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/ml-arb/07-87001_Ebook.pdf (acceso: 25/02/2019).

18 Constitución de la República del Ecuador. Artículo 189. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

ga a los árbitros para fallar tanto en derecho como en equidad, atendiendo a las disposiciones de las partes.

> Las partes indicarán si los árbitros deben decidir en equidad o en derecho, a falta de convenio, el fallo será en equidad. Si el laudo debe expedirse fundado en la equidad, los árbitros actuarán conforme a su leal saber y entender y atendiendo a los principios de la sana crítica. En este caso, los árbitros no tienen que ser necesariamente abogados[19].

Lo que más llama la atención del precitado artículo es el carácter principal que la ley le otorga a la equidad frente al derecho. Pues como puede observarse, si las partes no han pactado nada al respecto, el fallo deberá fundamentarse en equidad. De esto se desprende que, en Ecuador, la regla general es que el arbitraje se da en equidad salvo disposición en contrario de las partes.

Otra observación importante que se desprende de la norma es la fundamentación que el legislador le atribuye a la equidad. Como se puede observar, en el segundo inciso del artículo se dispone que esta deberá fundamentarse en el leal saber y entender de los árbitros, así como también en los principios de la sana crítica, consideraciones que serán abordadas con posterioridad en este estudio.

Un último comentario que puede darse a este artículo es que la ley desestima la condición de ser abogado para ser un árbitro en equidad. Como indican ciertos comentaristas, al no existir el requisito de que el árbitro sea abogado, pueden presentarse diversos inconvenientes con respecto a la aplicación práctica de normas procesales. Esto en vista de la falta de conocimiento técnico del cual puede adolecer el adjudicador frente a las reglas del procedimiento[20].

### 2.7.3. Código Orgánico de la Función Judicial

Al igual que la Constitución, el Código Orgánico de la Función Judicial se refiere a la equidad dentro del contexto de la justicia de paz. En el artículo 247, se detallan los principios aplicables a esta modalidad de justicia, dentro de la cual se contempla:

> [N]o puede imponer acuerdos a las partes, pero sí debe proponer fórmulas de solución, sin que ello implique anticipación de criterio ni se le pueda acusar de prevaricato. En caso de que las partes no lleguen a este acuerdo, la jueza o el juez de paz dictará su resolución en equidad, sin perjuicio del control constitucional correspondiente[21].

19 Ley de Arbitraje y Mediación (LAM). Artículo 3. Registro Oficial No. 417 de 14 de diciembre de 2006.
20 Cárdenas, Juan Pablo. "El arbitraje en equidad", *Vniversitas*, No. 105 (2003), p. 354.
21 Código Orgánico de la Función Judicial. Artículo 247. Registro Oficial No. 544 de 09 de marzo de 2009.

Del texto, se puede destacar la frase al final del artículo, "sin perjuicio del control constitucional correspondiente"[22]. Esto es fundamental para entender la perspectiva desde la cual el sistema jurídico ecuatoriano aborda la noción de equidad y su aplicación en la administración de justicia. Por analogía, se puede inferir que, al no existir disposición expresa en contrario, las resoluciones en arbitraje dictadas en equidad también están sujetas al control constitucional al igual que cualquier otra decisión de la administración de justicia.

### 2.7.4. Código de Procedimiento Civil

El ya derogado Código de Procedimiento Civil, en su artículo 1131, menciona a la equidad como un criterio aplicable a las sentencias del Tribunal Supremo de Justicia:

> Los magistrados del Tribunal Supremo de Justicia, en las sentencias y autos con fuerza de sentencia, tendrán la facultad de aplicar el criterio judicial de equidad, en todos aquellos casos en que consideren necesaria dicha aplicación, para que no queden sacrificados los intereses de la justicia por solo la falta de las formalidades legales.[23]

Es importante precisar que tal disposición no es acogida por el Código Orgánico General de Procesos (en adelante COGEP).

## 3. Equidad y *ex aequo et bono*

Como fue explicado en los párrafos introductorios, no existe consenso en la doctrina con respecto a la diferencia o similitud de las nociones de «equidad», por una parte, y «*ex aequo et bono*», por otra. Históricamente, tal disimilitud no se ha manifestado de manera reiterada, e incluso ha sido abandonada en la práctica, especialmente tratándose de acuerdos arbitrales celebrados entre 1798 y 1914[24]. Sin embargo, los autores modernos han considerado oportuna la distinción, la cual depende de la relación que la decisión guarda con respecto a la norma jurídica[25].

Con el objetivo de intentar sistematizar las diferencias entre los dos conceptos, se plantea una primera distinción atinente a las acepciones de la palabra «equidad», para la que se encuentran, a saber: un sentido amplio contenido, aunque de manera vaga, en la LAM y; un sentido estricto, que se explicará a continuación.

### 3.1. Equidad en sentido amplio

Cuando la doctrina, siguiendo la tradición legislativa, utiliza alternativamente los términos «equidad» y «*ex aequo et bono*», se refiere al arbitraje en que la decisión

---

22 *Eiusdem*.
23 Código de Procedimiento Civil. Artículo 1131. Registro Oficial No. 687 de 18 de mayo de 1987.
24 Sohn, Louis B. "The function of international arbitration today", *Recueil des Cours*, No. 108 (1963), pp. 43-45.
25 Fouchard, Philippe; Gaillard, Manuel y Goldman, Berthold. *Traité de l'Arbitrage Commercial International*. Francia: Litec, 1996, párr. 1502. Citado por Cárdenas, Juan Pablo, Óp. cit. p. 351.

se fundamenta en el "al saber y entender"[26] del árbitro, sin ninguna acotación o aditamento. Es importante mencionar que, como la doctrina, la LAM, trata a esta figura con poca profundidad. En un ejercicio de síntesis, excluye cualquier consideración sobre la relación que debe existir entre aquel "leal saber y entender" y las fuentes formales del Derecho, a saber: legislación, jurisprudencia, costumbre, principios generales del Derecho y doctrina.

En este punto, es importante realizar una aclaración sobre el significado de la noción de "leal saber y entender". Coca Payeras presenta una definición precisa al explicar que el leal saber y entender en la equidad representa una combinación entre la capacitación o preparación del árbitro (saber) y su apreciación de los hechos (entender). La jurisprudencia española ha desarrollado también la idea al explicar el alcance de la "lealtad", que significa que los árbitros deben ser objetivos e imparciales[27].

Ahora bien, dicho "leal saber y entender" no puede verse de forma aislada, pues sigue siendo una figura reconocida por el ordenamiento jurídico ecuatoriano y, como tal, pertenece a un sistema de normas positivas. Sin duda, la equidad (en sentido amplio) se encuentra en una dinámica continua con las normas del Derecho, combinándose con ellas, alternando su aplicación, o excluyéndolas completamente. Por eso, la equidad en su sentido amplio puede tratarse de: (i) equidad en sentido estricto; o de, (ii) *ex aequo et bono*.

### 3.1.1. Equidad en sentido estricto

La equidad en sentido estricto hace referencia a una decisión con carácter *praeter legem*, lo que significa que se enmarca dentro del ordenamiento jurídico y, por ende, encuentra su justificación en la noción de justicia que se desprende de una norma legal. En palabras de Bělohlávek, una decisión de esta naturaleza sería aquella "de acuerdo al derecho y dentro de los límites del sistema legal"[28].

Este sería el caso de un árbitro que, considerando la existencia de una disposición legal que establece y regula la cláusula penal moratoria, y realizando una subsunción de los hechos a la norma, condena al pago de dicha cláusula (reconociendo un derecho de conformidad con el ordenamiento jurídico positivo). A pesar de eso, atendiendo a su leal saber y entender y a sus consideraciones de justicia, en lugar de condenar al pago del monto establecido en el contrato, decide condenar al pago de intereses por mora calculando su monto de conformidad con la ley.

26 LAM. *Eiusdem*. Artículo 3.

27 Coca Payeras, Miguel. "Notas sobre el arbitraje de equidad". *Boletín de la Academia de Jurisprudencia y Legislación de las Illes Balears*, No. 16 (2016), pp. 279-290.

28 Traducción libre. Bělohlávek, Alexander J. *Óp. cit*. p. 41.

De igual forma, el fallo podría considerarse en equidad cuando se realiza una interpretación de algún término ambiguo o vago del contrato o se complementa la voluntad de las partes de acuerdo al ordenamiento jurídico[29].

### 3.1.2. Fallo ex aequo et bono

Por otro lado, el fallo *ex aequo et bono* es el que se extiende por fuera del ordenamiento jurídico y, al no tener sustento en la normativa legal, la justificación de la parte específica del laudo en que se aplica *ex aequo et bono* reside en nociones sociales de justicia, moral o política, todas externas a la norma positiva[30]. Como lo explican Hallebeek y Harke, las palabras *aequo et bono* sirven para corregir la norma positiva y hacerla a un lado en casos excepcionales[31].

De acuerdo a Schreuer, las decisiones *ex aequo et bono* pueden adoptar dos modalidades. La primera consiste en ignorar completamente y, por tanto, contradecir la disposición legal que aparece injusta en el caso concreto, atendiendo a nociones de justicia individual. La segunda, por el contrario, radica en aplicar normas que, a pesar de no haber sido positivizadas, han sido consideradas la forma más justa de resolver controversias, llenando de esta manera las lagunas del ordenamiento y evitando la producción de laudos non liquet[32 33].

Los fallos *ex aequo et bono* tienen particular importancia en relaciones contractuales a largo plazo, puesto que dicha relación podría evolucionar y nuevas circunstancias podrían emerger sin permitir una renegociación del contrato. Si se pacta un convenio arbitral bajo esta modalidad, se permitiría que el árbitro se extienda más allá del marco normativo positivo para lograr una solución más satisfactoria para las partes[34].

Este sería el caso si los hechos dan lugar a la prescripción extintiva de un derecho, y el árbitro decide declarar que el derecho aún existe porque hacer lo contrario sería injusto e inequitativo según sus consideraciones de justicia, leal saber y entender, es decir, *ex aequo et bono*. Es de esta manera que se quita el rigorismo y formalidad a la norma positiva.

29 *Id.*, p. 42.

30 Trakman, Leon. *Óp. cit.*

31 Hallebeek. “Some remarks concerning the so-called condictio Iuventiana”. RIDA, No. 32 (1985), p.247; y Harke, J.D. “Entscheidungsbegrûndgen eines hochklassischen Juristen”. *Argumenta Iuventiana*. (1999), p. 137. Citados en De Jong Hylkie. “A Byzantine interpretation of D. 12,1,32 and similar Digest fragments”. *The Legal History Review*, No. 80 (2012), pp. 47-76.

32 En una decisión *non lique*t, el árbitro se abstiene de resolver el fondo de la controversia por falta de ley o, en caso de existir, por ser poco clara, incierta y/o controversial, de acuerdo a Lauterpacht, Hersch, “Some Observations on the Prohibition of *Non Liquet* and the Completeness of the Legal Order”, *Symbolae Verzijl*, (1958), p. 196, citado por Stone, Julius. “Non Liquet and the Function of Law in the International Community”. *British Year Book of International Law* No. 35 (1959), pp. 124-161.

33 Schreuer, Christoph. “Decisions *ex aequo et bono* under the ICSID Convention”, ICSID *Review – Foreign Investment Law Journal*, No. 11, (1996), pp. 37-63; cfr. Trakman, Leon. Óp. cit.

34 *Ibid.*

## 4. Oportunidad de aplicación de la equidad frente a las fuentes formales

El primer problema que se presenta en la aplicación de la equidad (en sentido amplio) es la determinación la oportunidad de su aplicación. Si bien queda claro que las partes pueden convenir que el arbitraje se lleve a cabo en equidad, no es inocua la disquisición de la doctrina al no encontrar un consenso en definir cuándo el árbitro debería aplicar sus facultades para fallar en equidad. En este sentido, se han distinguido tres tesis que buscan explicar la oportunidad de aplicación de los criterios de equidad: (i) tesis de la subsidiariedad; (ii) tesis de la discrecionalidad; y, (iii) tesis de la exclusión normativa.

### 4.1. Tesis de la subsidiariedad

La primera tesis tiene como premisa básica limitar la oportunidad de aplicación de la equidad a las circunstancias en las cuales la misma se emplea con el fin de subsanar un vacío u oscuridad legal. De esta forma, la naturaleza de la equidad reside en una aplicación subsidiaria a la norma jurídica. A esta postura se adhiere Larrea, quien sostiene:

> El fallo en equidad parte siempre del derecho, y solo de encontrarse que las disposiciones aplicables al caso resultan injustas, **o existe vacío legal**, procedería buscar la solución justa que el legislador se habría planteado, **teniendo presente el objetivo de la ley, para ese mismo caso concreto, y según su conciencia**[35] [énfasis añadido].

Del mismo modo, otro sector de la doctrina limita la aplicación de la equidad a los vacíos legales. Tal es el caso de Trazegnies, quien emplea el término "fallo en conciencia" para referirse a la equidad en sentido amplio: "El caso más claro para fallar en conciencia es cuando existe un vacío legal o un vacío contractual: el árbitro suple este vacío a su leal saber y entender, guiado por la equidad"[36].

Sin embargo, la tesis en cuestión ha sido fuertemente cuestionada bajo el argumento de que aplicar la equidad únicamente frente al vacío legal significaría desvirtuar totalmente el concepto de la equidad misma. Esto en vista de que la equidad reside en la facultad que las partes otorgan a los árbitros para fallar sin tomar en consideración las fuentes formales del Derecho. Aplicarla únicamente en los casos de oscuridad, conllevaría la imposibilidad de apartarse de la norma positiva cuando esta no es justa y, por lo tanto, no se estaría frente a un fallo en equidad.

35 Larrea, Ana María. "Alcance y límites del arbitraje en equidad". *Revista Jurídica de la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil*, pp. 21-41.

36 De Trazegnies Granda, Fernando. *Óp. cit.*

## 4.2. Tesis de la discrecionalidad

Por otro lado, gran parte del sector doctrinario ha optado por adherirse a la tesis de la discrecionalidad. Esta se fundamenta en que la equidad, al ser una facultad otorgada por convención de las partes al árbitro, puede ser aplicada a discreción de este a lo largo del proceso arbitral. En este sentido, el árbitro podría fundamentar su decisión sobre la base de criterios legales, así también como criterios de equidad, armonizando el laudo con unos y otros.

Esta ha sido la tesis mayormente aplicada en la práctica, especialmente tratándose de los arbitrajes en equidad dictados por diversas instituciones arbitrales, como es el caso del CIADI. A juicio de Schreuer, la Convención CIADI no considera las decisiones ex aequo et bono como un medio para suplir vacíos legales que puedan encontrarse en las normas sustantivas.[37] Por el contrario, se ha observado que, en su práctica, la institución comúnmente aplica la equidad indistintamente de las consideraciones legales que motivan sus laudos, específicamente, empleándola como un instrumento para determinar y cuantificar las pretensiones de las partes.

Un claro ejemplo es el primer caso en el cual el centro emitió un fallo *ex aequo et bono*: Benvenuti y Bonfant c. Congo[38]. En el acuerdo, las partes otorgaron al tribunal la facultad de fallar ex aequo et bono. La parte pertinente del laudo señala: "En el presente caso, el Tribunal también tiene la Facultad de pronunciarse *ex aequo et bono* de conformidad con el acuerdo de las partes, tal como lo autoriza el artículo 42, apartado 3, de la Convención"[39].

Es importante resaltar que la cláusula contenida en el acuerdo no limitó al tribunal a fallar enteramente en equidad, pues el fondo de la controversia se resolvió sobre la base de las disposiciones de la ley congoleña. De esta forma, el tribunal reservó sus facultades específicamente para la determinación de las indemnizaciones por daños que las partes solicitaron: "Por lo anterior, debe ordenarse al Gobierno que pague los daños de B&B, cuyo monto será determinado *ex aequo et bono* por el Tribunal"[40].

B&B solicitó una indemnización con el recargo del 15 por ciento de interés anual. Al respecto, el tribunal se pronunció armonizando consideraciones equitativas con normativa legal, interacción que Schreuer califica como "particularmente conspicua":[41]

37 Schreuer, Christoph, *Óp. cit.*, p. 41.

38 Dicha controversia versó sobre la ejecución de determinado contrato en el cual las partes acordaron la conformación de un consorcio con el fin de producir agua mineral y manufacturar botellas de plástico para su embotellamiento.

39 Tribunal Arbitral CIADI. Benvenuti y Bonfant c. República Democrática del Congo. Laudo 15 de agosto de 1980, p. 349.

40 *Id.*, p. 357.

41 Schreuer, Christoph, *Óp. cit.*, p. 46.

> B&B reclamó intereses a razón del 15 % anual en todas las sumas que se le otorgaron. El Tribunal no considera posible sostener esta alegación al considerar que la ley aplicable, la ley congoleña establece una tasa de interés significativamente más baja. El Tribunal observa, sin embargo, que el gobierno, en su memorial de defensa, sugirió una tasa de interés del 10 % en relación con su contrarreclamación. En virtud de su poder para gobernar *ex aequo et bono*, el Tribunal considera que es equitativo adoptar esta tasa en relación con la indemnización otorgada a B&B[42].

Situación similar se ha presentado en el caso Atlantic Triton Company c. República Democrática de Guinea. Al igual que el fallo previamente analizado, el tribunal consideró aplicar la equidad de manera discrecional, específicamente en la determinación cuantitativa de pretensiones.

En tal sentido, podría decirse que la tesis en cuestión abarca la posibilidad de contemplar decisiones tanto en equidad estricta, como en *ex aequo et bono*. Esto en vista de que, como se ha analizado, el árbitro puede referirse a normas jurídicas y a nociones de equidad que emanan de su leal saber y entender, sin ser excluyente la aplicación de las primeras con las últimas. De este modo lo ha entendido Bělohlávek, quien sostiene:

> Sin embargo, de ninguna manera, el límite de demarcación de los poderes del árbitro en la audiencia de una disputa puede ser determinado por la transición entre la equidad y la toma de decisiones *ex aequo et bono*. En cambio, es migratorio, dependiendo de las circunstancias específicas, y siempre debe evaluarse individualmente[43].

Finalmente, y para contextualizar el alcance de la equidad en el ámbito nacional, se debe mencionar que la jurisprudencia arbitral también ha acogido esta tesis en el laudo dictado por la Cámara de Comercio de Quito el 23 de octubre de 2017, caso Prefabricados, construcciones y arenas Construarenas Cía. Ltda[44]. En el convenio, los litigantes no establecieron estipulación alguna acerca de si el arbitraje debía ser en derecho o en equidad. En consecuencia, el tribunal decidió ampararse en el artículo 3 de la LAM y así declarar que, en vistas a la ausencia de estipulación al respecto, el laudo debía ser dictado en equidad. Sobre tal punto, el tribunal hizo la siguiente precisión con respecto al alcance de la equidad:

> [A]plicar la equidad no implica que el árbitro debe olvidarse del derecho, pues ello podría llevar a fallos ilegales por arbitrarios con el pretexto de fallar en equidad, lo cual es posible pero no deseable, ni es la finalidad de la equidad. Es que la equidad no es sino la facultad que la ley concede al árbitro o árbitros para fallar con arreglo a su leal saber y entender[45].

De igual manera, el tribunal se refiere a la oportunidad de aplicación de la equidad y cómo esta guarda relación con la norma jurídica:

42 Tribunal Arbitral CIADI. *Óp. cit.*
43 Bělohlávek, Alexander J. *Óp. cit.*, p. 43.
44 El proceso versó sobre el incumplimiento de un contrato de explotación petrolera suscrito por las partes intervinientes.
45 Cámara de Comercio de Quito. *Caso Prefabricados, construcciones y arenas Construarenas Cía. Ltda.* Laudo de 23 de octubre de 2017.

> De ahí que el arbitraje en equidad implique que al resolver los árbitros no deben tener en cuenta solamente la ley aplicable, sino que deben expresar lo que en su íntima convicción es la justicia, la equidad, en el caso que resuelven, lo cual les permite **apartarse de la ley cuando entre esta y la justicia no existan congruencia, que no significa que deban necesariamente hacerlo si no lo estiman necesario o equitativo** [énfasis añadido][46].

Del texto se desprende que el tribunal acoge la tesis de la discrecionalidad, estimando oportuna la aplicación de la equidad de manera libre en los casos en que el adjudicador determine que la norma jurídica no presenta compatibilidad con una determinada noción de justicia, sin significar esto que el árbitro deba ineludiblemente aplicar la equidad.

Por último, es necesario referirse al uso específico que el tribunal hizo de sus facultades para fallar en equidad. El tribunal decidió abordar la equidad desde una postura discrecional, pues empleó varias normas del Código Civil para determinar la solución al fondo de la controversia y, a la par, utilizó la equidad para cuantificar los daños causados al actor[47].

Así se puede notar que, al igual que el CIADI, el tribunal de la Cámara de Comercio de Quito actuó reservadamente al aplicar las facultades de laudar en equidad procurando que no exista una contraposición entre estas y las normas legales. Así, empleó la equidad estrictamente para determinar cuantitativamente las pretensiones de las partes.

## 4.3. Tesis de la exclusión normativa

Por último, cabe mencionar una tercera tesis que consiste en la exclusión total de la normativa jurídica frente a la equidad. Como advierte Trazegnies, algunos autores optan por desvincular en su totalidad el arbitraje en conciencia de las fuentes formales del Derecho, pues sostienen que la equidad no se orienta a una equidad jurídica, sino a una natural48. Dicho de otra manera, la tesis en cuestión afirma que la equidad debe aplicarse excluyendo absolutamente las fuentes formales del Derecho como una consideración para el laudo. En este orden de ideas, podría decirse que, frente a esta tesis, se obtiene un fallo puramente *ex aequo et bono*, pues no existe aplicación alguna de la norma positiva.

Plena razón le asiste a Trazegnies al mencionar con posterioridad que esta es la tesis menos aceptada, precisamente por el hecho de involucrar una renuncia total

46 Bělohlávek, Alexander J. *Óp. cit.*, p. 43.

47 "Difícil de cuantificar el daño irrogado al actor por la explotación minera ilegal que hizo la demandada, [...] la mejor forma de cuantificar este daño sería establecer exactamente la cantidad de material explotado y comercializado y multiplicarlo por el valor que este material tiene en el mercado, pero no existe en el proceso prueba que permita al Tribunal aplicar esta solución, y por ello y siempre decidiendo en equidad toma como válido el requerimiento del actor en el sentido de fijar estos daños en concepto de lucro cesante, aplicando la misma pensión fija estipulada en el contrato de explotación por todo el tiempo que la mina ha estado o esté en poder de la demandada en forma ilegítima y hasta su devolución." (Cámara de Comercio de Quito. *Óp. cit.*)

48 De Trazegnies Granda, Fernando. *Óp. cit.* p. 119.

a la normativa jurídica que, en principio, podría ser justa, equitativa y, por eso, aplicable al caso concreto. De este modo, el autor sostiene que "[l]a facultad de los árbitros de conciencia de resolver según su buen leal saber y entender no puede ser comprendida, entonces, como una renuncia al uso de la ley y menos del Derecho"; y añade:

> Pienso que la equidad no puede ser utilizada como un medio de interpretación que consistiría en dejar absolutamente de lado las reglas jurídicas bajo el pretexto de que el "legalismo" no es apto para encontrar soluciones equitativas. Esto significaría que la ley es por naturaleza inequitativa, lo que equivaldría a decir que es injusta[49].

## 4.4. Sobre la figura del *dépeçage*

Es importante, en función del principio de autonomía de la voluntad, hacer una breve introducción a la figura del *dépeçage*, que nace como una noción de división de la ley aplicable a la solución de una controversia específica. Un convenio arbitral puede contener una cláusula *dépeçage* cuando se pacta que el laudo debe llegar a una solución en equidad únicamente en ciertos aspectos de la controversia, y mantener la norma sustantiva positiva para los restantes[50]. En resumen, la finalidad de pactar una cláusula de esta naturaleza es delimitar la aplicación de la equidad a través de una estipulación que proviene de la misma voluntad de las partes y no de una interpretación realizada por el árbitro que podría llevar a equívocos. Una cláusula *dépeçage* ocurriría, por ejemplo, si se pacta que para la declaración del derecho a recibir indemnización se utilice equidad, pero para la determinación de la cuantía se utilice la norma sustantiva correspondiente.

## 5. Alcance de la equidad

El siguiente problema que presentan el arbitraje en equidad y *ex aequo et bono* es en cuanto a si la equidad alcanza y debería ser aplicada también al proceso, independientemente de la posición que se adopte respecto a las tesis explicadas previamente (subsidiariedad, discrecionalidad o exclusión). Para entender esta cuestión, nuevamente, es importante abordar con detenimiento dos tesis que pretenden explicar el alcance de la equidad (en sentido amplio), y sus respectivos argumentos. Una de ellas expone una serie de razones por las que la equidad también es aplicable a la cuestión adjetiva o procesal del arbitraje. La otra, por su parte, propone que la equidad únicamente alcanza al fondo de la controversia, excluyendo su aplicación a la parte procesal y aplicando disposiciones legales para su regulación. A continuación, se procederá a explicar cada una de ellas.

49 *Ibid*.
50 Bělohlávek, Alexander J. *Óp. cit.*, pp. 34-36.

## 5.1. Tesis de la equidad aplicada al proceso y al fondo de la controversia

Quienes, como Bělohlávek y Trakman (con reservas que serán explicadas más adelante), defienden esta tesis, arguyen que la equidad debe aplicarse no solo a la decisión de fondo del laudo, sino también a todo aspecto procesal, haciendo de esta forma que el proceso sea más expedito, eficiente y transparente[51].

En la legislación ecuatoriana, esta tesis se sostiene debido a cuatro principales razones: (i) el principio de autonomía de la voluntad y de *pacta sunt servanda*; (ii) el carácter supletorio del COGEP exclusivamente en arbitrajes *de iure*; (iii) la sana crítica como criterio de equidad; y, (iv) la no necesidad de especialidad jurídica del árbitro que resuelve en equidad.

### 5.1.1. El principio de autonomía de la voluntad y de pacta sunt servanda

La autonomía de la voluntad ha sido definida como "el poder atribuido a la voluntad respecto de la creación, modificación y extinción de las relaciones jurídicas". En el Ecuador está reconocida en el artículo 8 del Código Civil, el cual establece que "[a] nadie puede impedirse la acción que no esté prohibida por la ley"[52]. De esta forma, las partes contractuales que, en disposición de su libertad negocial, erigen un compromiso o convenio arbitral en equidad[53], lo hacen con la finalidad de obtener un arbitraje que se resuelva en aplicación de criterios de justicia y sin los rigorismos y formalidades de la norma de Derecho. Por consiguiente, la voluntad de las partes de desarrollar un arbitraje en equidad, al no excluir de forma expresa la parte adjetiva, debería entonces entenderse de forma que la incluya sin limitación alguna.

El argumento de la racionalización y disminución de formalidades adopta sentido cuando el principio de autonomía de voluntad se conjuga con el de *pacta sunt servanda*. Las estipulaciones contractuales deben ser cumplidas según su tenor literal y atendiendo a la voluntad de las partes, y si esta es de someterse a un arbitraje en equidad para disminuir el rigorismo de un proceso arbitral *de iure*, entonces debe ejecutarse de esa manera, incluyendo la parte adjetiva. Sin embargo, es menester hacer alusión a los límites de la autonomía de voluntad, que están constituidos por el orden público, noción que se explicará de manera detallada posteriormente.

51 *Cfr*. Bělohlávek, Alexander J. Óp. cit. y Trakman, Leon. *Óp. cit*. p. 641.

52 Guerra Cosme, Danay y Hernández Fraga, Katiuska. "El principio de autonomía de la voluntad contractual civil: sus límites y limitaciones". *REJIE: Revista Jurídica de Investigación e Innovación Educativa* No. 6 (2012), pp. 27-46.

53 Por estipulación expresa o por aplicación de la ley en virtud del silencio.

### 5.1.2. El carácter supletorio del COGEP exclusivamente en arbitrajes *de iure*

El artículo 37 de la LAM prescribe: "En todo lo que no esté previsto en esta Ley, se aplicarán supletoriamente las normas del Código Civil, Código de Procedimiento Civil o Código de Comercio y otras leyes conexas, siempre que se trate, de arbitraje en derecho" [sic]. Esta norma se presenta favorable a la tesis en cuestión pues, si las disposiciones adjetivas constantes en la norma positiva subsidiaria se aplican exclusivamente al arbitraje *de iure*, necesariamente se sigue que en un arbitraje en equidad, la parte adjetiva que no esté normada en la LAM debe regularse según las prescripciones de la equidad, es decir, al leal saber y entender del laudador. En tal virtud, la equidad se aplica al ámbito procesal del arbitraje únicamente de forma subsidiaria cuando existen lagunas en la sección adjetiva de la LAM.

### 5.1.3. La sana crítica como criterio de equidad

La sana crítica, cuyos principios deben ser observados por el árbitro que resuelve en equidad[54] es una forma de apreciación de prueba que consiste en la "remisión a criterios de lógica y de experiencia, por acto valorativo del juez"[55]. Ahora, el hecho de que sea un criterio de valoración de la prueba es fundamental pues esta es, indiscutiblemente, parte del derecho adjetivo, debido a que se trata de la demostración para llegar a una "convicción sobre los hechos controvertidos"[56]. Por lo tanto, si la sana crítica como criterio de equidad se aplica al momento de tasar la prueba, la conclusión necesaria es que la equidad se extiende incluso al proceso, por lo menos cuando de valoración probatoria se trata.

### 5.1.4. La no necesidad de especialidad jurídica del árbitro que resuelve en equidad

Un último argumento que se puede encontrar en la legislación ecuatoriana a favor de esta tesis es que, de conformidad con el artículo 3 de la LAM, el árbitro en equidad no necesita ser abogado. Por lo tanto, si las partes seleccionaren un árbitro sin conocimiento alguno del Derecho como lo autoriza la Ley de Arbitraje y Mediación, este no estaría familiarizado con la normativa procesal ecuatoriana, por lo que sería imposible que aplique las fuentes formales del Derecho para las cuestiones adjetivas de la controversia. Consecuentemente, el árbitro sin conocimiento del Derecho debería necesariamente aplicar su sana crítica, leal saber y entender para la resolución del laudo, inclusive en materia procesal.

54 LAM. *Eiusdem*.

55 Couture, Eduardo. *Estudios de derecho procesal civil*, p. 85. Citado en Devis Echandía, Hernando. *Teoría general de la prueba judicial*, Tomo I, sexta edición. Bogotá: Temis, 2015, p. 90.

56 *Ibid*. pp. 91-92.

De esta manera, la equidad debería aplicarse a todos los aspectos de la controversia, incluyendo las cuestiones adjetivas, excepto si existiera una cláusula de *dépeçage* en el compromiso. Una cláusula de esta naturaleza dividiría y diferenciaría a la cuestión sustantiva de la adjetiva y establecería que la parte procesal y/o procedimental del arbitraje se lleve a cabo bajo las normas de determinado ordenamiento legal[57].

## 5.2. La equidad aplicada únicamente al fondo de la controversia

La tesis de la equidad aplicada únicamente al fondo de la controversia se sustenta por cinco principales argumentos: (i) la naturaleza teleológica de la equidad; (ii) el orden público y las normas imperativas como límites de la autonomía de la voluntad; (iii) el arbitraje como un servicio de administración de justicia y la tutela judicial efectiva; y, (iv) debido proceso.

### 5.2.1. La naturaleza teleológica de la equidad

Para empezar, es importante hacer alusión al origen de la noción de *ex aequo et bono*. Para la aplicación de *ex aequo et bono*, Stephanus, profesor de la codificación de Justiniano y comentador de fragmentos del Digesto, estableció una condición especial basada en el principio general del Derecho de Pomponio: no es justo que una persona se enriquezca a expensas de otra58. Esto quiere decir que, desde sus inicios, la figura ha tenido relación con cuestiones sustantivas de la controversia por resolver, y no con aspectos adjetivos. Del mismo modo, Schreuer explica que la finalidad de la equidad es "llenar las lagunas del ordenamiento y evitar pronunciamientos *non liquet* cuando el caso no pueda resolverse por medios legales [por lo que] *ex aequo et bono* sería apropiado para disputas no legales o no justiciables"[59]. De esta manera, queda claro que la equidad es aplicable únicamente a las cuestiones sustantivas de la disputa.

Por su parte, Bělohlávek manifiesta, a través de múltiples ejemplos, que el formalismo a restarse por medio del arbitraje en equidad no se refiere al proceso, sino a las formas que impone el derecho sustantivo, verbigracia, en cuanto a plazos de prescripción de derechos, plazos de entrega de bienes, etc.[60] Del mismo modo, la jurisprudencia española ayuda al entendimiento de la cuestión por medio de la Sentencia de Audiencia Provisional Las Palmas de Gran Canaria de 29 de septiembre de 1995. Dicha decisión señala que "[l]a expresión «según su saber y entender» refleja un modelo de resolución, **desde el punto de vista sustantivo**, de las cuestiones litigiosas"[61] (énfasis añadido).

57 Bělohlávek, Alexander J. *Óp. cit.*, p. 35.
58 De Jong, Hylkje. *Óp. cit.*, pp. 47-76.
59 Schreuer, Christoph. *Óp. cit.*, p. 38.
60 Bělohlávek, Alexander J. *Óp. cit.*, p. 35.
61 Sentencia de Audiencia Provisional Las Palmas de Gran Canaria de 29 de septiembre de 1995, citada por Coca Payeras, Miguel. *Óp. cit.*, p. 285.

## 5.2.2. El orden público y las normas imperativas como límites de la autonomía de la voluntad

La autonomía de la voluntad, que moldea el convenio arbitral y, por lo tanto, determina la naturaleza y alcance de la equidad en un arbitraje de este tipo, encuentra su límite en las normas imperativas y de orden público. El orden público es un concepto con contenido variable y flexible que pretende delimitar los principios básicos que protegen el interés social y público y ciertos valores considerados fundamentales[62]. Dichas normas de orden público pueden encontrarse tanto en la legislación como en la jurisprudencia[63]. Adicionalmente, existen también ciertas normas imperativas que bajo ninguna circunstancia pueden ser contradichas por ser parte del derecho público y por su finalidad de tutelar intereses de carácter general[64].

Entre las normas que conforman estos grupos se encuentran las normas constitucionales que consagran derechos fundamentales, que poseen este rango precisamente porque pretenden tutelar dichos intereses generales sin los cuales el desarrollo de la vida en sociedad y del Estado de Derecho sería, por lo menos, imposible. Las normas constitucionales que toman particular relevancia en el análisis que ocupa a este trabajo son precisamente las que se refieren a las garantías del debido proceso, noción que es transversal a todo el tratamiento de la administración de justicia en la legislación, su institucionalidad y la confianza que la sociedad ha depositado en ella. Por eso, la equidad no puede contradecirlas, pues extender su alcance hacia las normas y principios de debido proceso comunes a las naciones civilizadas implicaría una pérdida de confianza en la institucionalidad del Estado y su capacidad de resolver disputas de manera justa.

Por ese motivo, además de por su carácter supremo, que las partes no pueden renunciar a la aplicación de las normas imperativas y de orden público que la ley —mediante la norma suprema u otros cuerpos de menor jerarquía— y la jurisprudencia han proscrito, pues esto significaría ignorar los principios básicos del ordenamiento jurídico[65].

Sobre este respecto, resulta de particular relevancia referirse a la Sentencia de Nulidad de Laudo Arbitral de la Corte Nacional de Justicia, publicada en Registro Oficial Edición Especial No. 416 de 25 de marzo de 2013. En dicho proceso se pretendió la nulidad de un laudo arbitral dictado en equidad por haber excedido los límites de lo solicitado por las partes. Al respecto, la Corte tuvo la oportunidad de pronunciarse acerca de los márgenes de la misma:

62 Aparicio, Juan Manuel. *Contratos. Parte general*. Buenos Aires: Hammurabi, 1997, p. 92.
63 Piñón, Benjamín Pablo. "Orden público". *J.A. T.* III (1995), p. 812.
64 Messineo, Francesco. *Manual de Derecho Civil y Comercial*. Tomo II. Buenos Aires: Jurídicas Europa-América, p. 340.
65 Jara, María Elena. *Tutela arbitral efectiva en Ecuador*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2017, pp. 231-247.

> [A]l resolver un proceso arbitral en equidad, los decisores de las cuestiones sometidas a arbitraje están facultados a resolver todos aquellos puntos que no siendo expresamente alegados por las partes resultan una consecuencia lógica y obligada de las cuestiones insertadas en el respectivo procedimiento, sin que aquello signifique resolver cuestiones no sometidas al arbitraje o conceder más allá de lo reclamado [...]; el único límite necesario de las resoluciones arbitrales en equidad resulta pues el orden público[66].

Puede concluirse que la apreciación de la Corte gira en torno al alcance de la equidad que, en palabras de la sala, no se circunscribe sino al marco del orden público. Es razonable interpretar este límite, tanto para las consideraciones en equidad que versen sobre el fondo como las que modifiquen el proceso.

### 5.2.3. El arbitraje como un servicio de administración de justicia y la tutela judicial efectiva

El artículo 17 del Código Orgánico de la Función Judicial prescribe:

> La administración de justicia por la Función Judicial es un servicio público, básico y fundamental del Estado, por el cual coadyuva a que se cumpla el deber de respetar y hacer respetar los derechos garantizados por la Constitución, los instrumentos internacionales de derechos humanos vigentes y las leyes.[67]

Posteriormente, en su inciso segundo, enmarca al arbitraje dentro del servicio de administración de justicia: "El arbitraje, la mediación y otros medios alternativos de solución de conflictos establecidos por la ley, constituyen una forma de este servicio público"[68] [sic]. En consecuencia, sería correcto afirmar que, al tratarse de un servicio de administración de justicia, el arbitraje, al igual que la justicia ordinaria, se encuentra en la necesidad de observar todos los derechos y garantías fundamentales establecidas en la Constitución.

Por otro lado, el mismo cuerpo legal, establece, en el inciso cuarto de su artículo siete, que "[l]os árbitros ejercerán funciones jurisdiccionales, de conformidad con la Constitución y la ley"[69]. Ahora bien, es menester analizar la distinción entre jurisdicción y facultades jurisdiccionales. Por su parte, el Código Orgánico de la Función Judicial define a la jurisdicción como "la potestad pública de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, potestad que corresponde a las juezas y jueces establecidos por la Constitución y las leyes"[70]. Por otro lado, la noción de facultades jurisdiccionales ha sido abordada por la Corte Nacional de Justicia en Resolución 10-2009, donde se las define como "la asunción de funciones, por particulares, que genéricamente, revisten naturaleza y esencia pública"$_{71}$ [sic].

---

66 Corte Nacional de Justicia. *Sentencia de Nulidad de Laudo Arbitral C-060/2001*. Sentencia de 25 de marzo de 2013.
67 Código Orgánico de la Función Judicial. *Eiusdem*.
68 *Eiusdem*.
69 *Eiusdem*. Artículo 7.
70 *Eiusdem*. Artículo 17.
71 Corte Nacional de Justicia. Sala de lo Civil, Mercantil y Familia. Res.10-2009, 5 de febrero de 2009.

En este sentido, la distinción entre ambas radica en que las facultades jurisdiccionales no otorgan a quien las ostenta la potestad de ejecutar lo juzgado con auxilio del poder público. En cambio, la jurisdicción enviste de poder público para ejecutar lo que se ha juzgado a quien la ostenta. Así lo ha entendido la Corte Constitucional en Sentencia 007-16:

> Estas particularidades imposibilitan a los árbitros ejercer el poder coercitivo para obtener de las partes el cumplimiento forzoso de un laudo, de donde fluye que no ejercen jurisdicción, precisamente por carecer de esta facultad que solo la ejercen los jueces de la justicia ordinaria.[72]

Sin perjuicio de esto, la doctrina concuerda en que tanto la jurisdicción como las facultades jurisdiccionales, al constituir un servicio de administración de justicia, conminan a quien las gozan a observar las garantías básicas que emanan de los derechos constitucionales[73], nociones que serán abordadas con posterioridad.

## 5.2.4. Debido proceso

El debido proceso es un principio y a la vez un derecho que está constituido por varias garantías que tienen por finalidad la "resolución de una pretensión en orden a una paz social en función de justicia"[74]. Esta noción se cumple en un caso concreto cuando el proceso se sujeta a las normas de procedimiento que utilizan los órganos de administración de justicia[75].

El debido proceso es un principio general del Derecho reconocido transversalmente en los ordenamientos de las naciones consideradas democráticas. Este, además de otros elementos, importa la presencia del derecho a la defensa, igualdad de armas, contradicción y principios para la admisibilidad, oportunidad y valoración de la prueba, que son los principios relevantes en el análisis que nos ocupa.

Con respecto al arbitraje, la Corte Constitucional colombiana se ha pronunciado con respecto al carácter procesal del arbitraje en general, que lo hace sujetarse "a la estricta aplicación de las normas y principios que regulan esa clase de actuaciones (judiciales)"[76].

### 5.2.4.1. Sobre el derecho a la defensa

El debido proceso, al ser parte de las normas que velan por intereses sociales generales (normas imperativas y de orden público), no puede ser contradicho. De lo contrario, se comprometería la institucionalidad y confianza en la administración

72 Corte Constitucional. *Sentencia 007-16.* Sentencia de 14 de diciembre de 2016.
73 Jara, María Elena. *Óp. cit.*, pp. 231-247.
74 Prieto Monroy, Carlos Adolfo. *El debido proceso penal*, segunda edición. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2001, p. 193.
75 Suárez Sánchez, Alberto. Citado en Prieto Monroy, Carlos Adolfo. *Óp. cit.*, p. 193.
76 Corte Nacional de Justicia. *Óp. cit*.

de justicia, como se estableció en el apartado anterior. En ese sentido, cuando se trata de un arbitraje en equidad o *ex aequo et bono*, a pesar de que la decisión debe basarse en el leal saber y entender del laudador y que la aplicación de su razón práctica puede ser informal y expedita, sus "procesos de adjudicación deben ser transparentes y aplicados de forma equitativa a las partes"[77]. Esto es, en resumen, una explicación del derecho a la defensa ejercido en condiciones de igualdad, noción que parte del derecho al debido proceso.

## 5.2.4.2. Sobre la actividad probatoria

Ahora bien, una noción que parte de las consideraciones del derecho a la defensa y la igualdad de armas es el derecho a contradecir la prueba presentada por el oponente. Este es un principio fundamental si lo que se pretende es garantizar la objetividad del proceso y que el árbitro tenga elementos suficientes para determinar la solución de la controversia de forma plenamente imparcial. Con respecto a la prueba, se revisó en un apartado anterior que su valoración se rige por la sana crítica, que está formada por la experiencia del juez dentro de un marco jurídico determinado. Por este motivo, las normas procesales que se encuadran dentro del ordenamiento positivo son aplicables bajo esta consideración, atenuadas, por supuesto, por el leal saber y entender del laudador, es decir, su noción personal de justicia y equidad. Sin embargo, además de la valoración, la prueba tiene otras facetas por analizar, a saber: (i) admisibilidad; y, (ii) oportunidad.

## 5.4.2.1. Admisibilidad

Sobre la admisibilidad, es importante realizar al menos una consideración con relación al alcance de la equidad. El debido proceso y las normas adjetivas provenientes de fuentes formales deben seguirse aplicando aun en arbitrajes en equidad para evitar soluciones violatorias de derechos constitucionalmente reconocidos o del orden público.

Tal situación sucedería si, por ejemplo, una parte presenta una prueba que es fruto del árbol envenenado por violar la privacidad de una persona o, en un caso extremo, por desprenderse de hechos de corrupción probados. En ese caso, la solución que parecería más justa sería admitir la prueba en beneficio de la parte perjudicada o bajo la motivación de la conmoción que pudo ocasionar el acto corrupto. Sin embargo la equidad debe limitarse a los aspectos sustantivos de la controversia, pues en materia de admisibilidad de prueba debe considerarse la constitucionalidad, licitud y legalidad para garantizar la tutela de derechos fundamentales y el orden público, pues la justicia no puede nutrirse del crimen.

---

77 Trakman, Leon. *Óp. cit.*, p. 639.

## 5.4.2.2. Oportunidad

Esta faceta de análisis de la cuestión probatoria está estrechamente ligada al principio de igualdad de armas y al derecho de contradicción. En virtud de la justicia o la equidad, un árbitro no debería contravenir normas generales del debido proceso que, de ser aplicadas, evitarían un ejercicio abusivo del derecho por alguna de las partes. El abuso del derecho ocurriría si, por ejemplo, en virtud de un convenio de arbitraje en equidad, las partes presentaran excusas para dilatar la práctica o presentación de la prueba, apelando a la sensibilidad del árbitro, pretendiendo arrebatar a la otra parte su oportunidad para ejercer su derecho a contradecir los elementos presentados de forma tardía.

En este sentido, el laudador en equidad debería adecuar su decisión a la sana crítica y utilizar las nociones procesales de oportunidad, preclusión, derecho a la contradicción e igualdad de armas. Todas estas garantías del debido proceso, que han sido reconocidas en distintas legislaciones a escala mundial, servirían para negar tal pretensión que, además de resultar inconveniente para la solución expedita de la cuestión, desconoce los derechos de las partes y su condición de igualdad. De esta forma, los principios generales del Derecho siguen siendo plenamente aplicables aun dentro de un arbitraje en equidad y, de esta forma, los derechos constitucionales no son menoscabados.

## 5.2.4.3. Sobre la transigibilidad del derecho al debido proceso

En este punto es importante realizar un análisis sobre la transigibilidad de los derechos constitucionales. De acuerdo a la Corte Constitucional Colombiana, el arbitraje opera únicamente cuando los derechos contrapuestos son materia transigible o de libre disposición por su titular, es decir, cuando son susceptibles de renuncia total o parcial, y esto depende principalmente de la naturaleza del derecho cuestionado[78]. Si se analiza la naturaleza del derecho al debido proceso la respuesta inmediata será que posee carácter constitucional y fundamental.

Luigi Ferrajoli define a los derechos fundamentales como aquellos “adscritos universalmente a todos en cuanto personas [...], y que son por tanto **indisponibles**” [énfasis añadido][79]. Esto, sumado al carácter supremo de la norma constitucional en la que el debido proceso se encuentra consagrado (por lo menos en Ecuador), guía a la necesaria conclusión de que el debido proceso no es un derecho de libre disposición y, por lo tanto, es considerado intransigible. En ese orden de ideas, si un derecho es intransigible, entonces no puede ser sometido a arbitraje, pues este no puede ser negociado ni peor aún, menoscabado. Por eso, la discusión dentro

78 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-098/01. Sentencia, 31 de enero de 2001.
79 Ferrajoli, Luigi. “Sobre los derechos fundamentales”. *Cuestiones Constitucionales*, No. 15 (2006), pp. 113-136.

de un arbitraje —en general— jamás puede versar sobre el proceso como tal, sino sobre la cuestión sustantiva del conflicto. Por tal motivo, al ser el debido proceso un derecho de naturaleza intransigible, sus garantías deben ser respetadas en todo momento y frente a cualquier situación, y sus normas deben ser observadas de manera inexorable.

Es obvio que la naturaleza intransigible del derecho al debido proceso no es una discusión que entra en un arbitraje *de iur*e, puesto que, en este, únicamente se observan normas de Derecho, tanto en la parte sustantiva como en el aspecto adjetivo de la controversia. Sin embargo, el presente análisis adquiere relevancia en cuanto al arbitraje en equidad, pues el debido proceso es un derecho irrenunciable y, por lo tanto, el árbitro debe someterse a él aun cuando aplique su leal saber y entender para las cuestiones de fondo del conflicto.

## 5.2.4.4. Sobre el carácter constitucional del debido proceso

Como se ha expresado en reiteradas ocasiones, el debido proceso ha sido reconocido en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, y consagrado como un derecho constitucional en el artículo setenta y seis de la norma suprema, que detalla todas las garantías básicas que lo conforman[80], incluidas las que fueron explicadas en párrafos anteriores.

Con la finalidad de garantizar la tutela del derecho al debido proceso, la Constitución de la República establece un mecanismo extraordinario para recurrir autos y sentencias definitivas en que dicho derecho, y otros del mismo rango constitucional, hayan sido menoscabados: la acción extraordinaria de protección. Es cierto que ni la Constitución de la República ni la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional prescriben expresamente que este recurso se puede interponer frente a laudos. Sin embargo, el artículo treinta y dos de la Ley de Arbitraje y Mediación otorga a las decisiones finales de los árbitros —contenidas en laudos— el "efecto de sentencia ejecutoriada y de cosa juzgada"[81]. Al tener el mismo efecto que una sentencia y, con la finalidad de garantizar el efectivo ejercicio del debido proceso para quienes deciden someter sus controversias a arbitraje, la procedencia de la acción extraordinaria de protección podría extenderse al arbitraje, como ha ocurrido en España y, hasta cierto punto, en México, Perú y Colombia[82].

La relación de este respecto con el arbitraje en equidad se da en el caso de que se inobserven los procedimientos establecidos en la norma positiva y el debido proceso en general en virtud de la aplicación de principios de equidad que, sin un análisis profundo, podrían parecer más justos, pero que no encuentran sustento en fuentes formales del Derecho. En tal situación, el laudo podría ser susceptible

---

80 Constitución de la República del Ecuador. *Eiusdem*. Artículo 76.

81 LAM. *Eiusdem*. Artículo 3.

82 Jara, María Elena. *Óp. cit*., pp. 231-247.

de interposición de acción extraordinaria de protección y, por lo tanto, de un control constitucional que, en última instancia, ordenaría una reparación integral por el o los derechos menoscabados.

Como se ha explicado, el debido proceso constituye un derecho irrenunciable que incluye ciertas garantías básicas. Al aplicar la equidad a la resolución de la cuestión adjetiva del laudo, estas garantías básicas son más propensas a ser desconocidas, aun sin intención, en virtud de las nociones subjetivas de justicia del árbitro. El derecho a la defensa, contradicción, igualdad de armas y las reglas de la actividad probatoria pueden ser respetados plenamente solo cuando son analizados dentro de un plano jurídico. Este ordenamiento proviene de normas positivas escritas o incluso de principios generales del Derecho o de la costumbre, fuentes formales que permiten llegar al conocimiento del Derecho como es, más allá de cómo considere el laudador que debería ser.

## 6. Propuesta de aplicación de las tesis de alcance y oportunidad de la equidad en el ordenamiento jurídico ecuatoriano

En opinión de este artículo, es importante hacer alusión a cómo debería ser el funcionamiento práctico de las tesis desarrolladas en el presente trabajo enmarcándolas dentro del contexto ecuatoriano, más allá de cómo los árbitros en efecto las emplean debido a la falta de uniformidad en sus decisiones. A nuestro criterio, los árbitros, al resolver controversias regidas por la equidad o *ex aequo et bono*, deberían realizan una labor decisoria de carácter discrecional para la determinación de la norma que van a aplicar a cada cuestión sometida a su conocimiento para su resolución en el laudo. La justificación de esto se basa en que el árbitro se encuentra regido por un ordenamiento legal positivo del cual emanan sus facultades. Es por ello que, atendiendo al convenio de las partes, el árbitro debería decidir si es más justo basarse en equidad propiamente dicha, *ex aequo et bono*, ambas, o una combinación de estas con las fuentes formales del Derecho. Cabe recalcar que cualquiera de las opciones presentadas es plenamente viable a la luz del ordenamiento ecuatoriano, siempre y cuando las normas imperativas y de orden público no sean transgredidas. Sin embargo, esto se encontraría limitado por la norma expresa establecida en el artículo 3 de la Ley de Arbitraje y Mediación, que prescribe que todo arbitraje debe someterse a las normas procesales contenidas en la misma[83]. A pesar de la claridad de dicha regulación, existe una laguna que conduce a pensar que, en caso de que la ley guarde silencio respecto a algún asunto de carácter procesal, este debería ser resuelto mediante la equidad. De esta manera, los árbitros deberían aplicar la equidad de manera subsidiaria únicamente en las cuestiones procesales no reguladas por la normativa pertinente.

83 LAM. *Eiusdem*. Artículo 3.

Respecto a todo lo demás, debido a la precitada norma, al carácter constitucional del debido proceso, a los límites que impone el orden público, y a las facultades jurisdiccionales que poseen los árbitros aun en arbitrajes en equidad, deberían aplicarse las fuentes formales del Derecho para la solución de todo lo relativo al proceso dentro de un arbitraje en equidad o *ex aequo et bono*. De esta forma se limitaría la resolución según nociones de justicia al aspecto sustantivo de la controversia, a discreción del árbitro, según su leal saber y entender.

Para mayor entendimiento, el esquema a continuación ilustra un resumen de la aplicación práctica del arbitraje en equidad o *ex aequo et bono* en Ecuador, su alcance y oportunidad respecto a las fuentes formales del Derecho frente al arbitraje en Derecho o *de iure*.

<table>
<tr><th></th><th>Parte sustantiva</th><th>Parte adjetiva</th></tr>
<tr><td>Arbitraje en Derecho</td><td>Fuentes formales del Derecho</td><td>Fuentes formales del Derecho (Ley de Arbitraje y Mediación/ normas procesales subsidiarias)</td></tr>
<tr><td rowspan="2">Arbitraje en equidad o ex aequo et bono</td><td rowspan="2">Discrecionalidad: [84]<br>• Equidad (sentido estricto)<br>• Ex aequo et bono<br>• Fuentes formales del Derecho</td><td>Regla general: fuentes formales del Derecho.</td></tr>
<tr><td>Excepción: a falta de ley, aplicación subsidiaria de la equidad (sentido amplio).</td></tr>
</table>

**Tabla 1.** Aplicación de las tesis de alcance y oportunidad de la equidad en el ordenamiento jurídico ecuatoriano.

## 7. Conclusiones

Como se ha podido analizar en el presente estudio, respecto al arbitraje en equidad y *ex aequo et bono* surgen grandes interrogantes que, en muchos casos, la legislación y la jurisprudencia no han podido dilucidar. Es así como, frente al tema en cuestión, se ha considerado pertinente realizar dos precisiones: la oportunidad de aplicación de la equidad frente a las fuentes formales del derecho y el alcance que tiene la equidad con respecto a la parte sustantiva y adjetiva del laudo.

Con respecto a la primera, se han presentado diversas tesis que buscan explicar su momento de aplicación. Una de ellas es la subsidiaridad, que reside en la premisa básica de aplicar la equidad únicamente en casos en los cuales existe un vacío u oscuridad legal. Por su parte, la tesis de la discrecionalidad sostiene que la equidad debería ser aplicada a decisión del árbitro de manera discrecional a lo largo del proceso sin perjuicio de las normas legales y principios que sean subsumibles

84 Según el leal saber y entender del árbitro.

al caso en cuestión. Por último está la tesis de la exclusión normativa, misma que se basa en descartar completamente la consideración de la normativa legal para la resolución de la controversia, limitando la deliberación de la causa netamente a criterios de equidad.

La segunda precisión, por su parte, gira en torno al alcance de la equidad con respecto al fondo y a la parte adjetiva del laudo. Dentro de esta discusión se contemplan dos posturas. La primera sostiene que la equidad se aplica tanto a la parte adjetiva como a la parte sustantiva del laudo. Esto en vista del principio de la autonomía de la voluntad del cual gozan las partes, el carácter supletorio que tiene la Ley de Arbitraje y Mediación frente a la voluntad y el texto del artículo 3 del mismo cuerpo legal que prescribe el empleo del leal saber y entender, así como la sana crítica para la expedición de un laudo en equidad. La segunda tesis, por el contrario, limita la aplicación de la equidad estrictamente al fondo del laudo sin permitir la modificación de la parte adjetiva del proceso. Esta tesis se fundamenta en el carácter jurisdiccional del arbitraje, su apreciación como un servicio de administración de justicia, las garantías constitucionales del debido proceso y el control constitucional al que se someten las decisiones del sistema arbitral por medio de instituciones como la acción extraordinaria de protección.

Con respecto a la aplicación del arbitraje en equidad o *ex aequo et bono* en el sistema jurídico ecuatoriano se ha podido arribar a dos principales conclusiones. Primero, parece ser que, en cuanto a la oportunidad de aplicación de la equidad al fondo de la controversia, el arbitraje local se inclina por la tesis de la discrecionalidad. Es decir que, cuando se otorga al tribunal la facultad de fallar en equidad, los árbitros fundamentan el laudo basándose tanto en criterios de equidad, *ex aequo et bono* y fuentes formales del Derecho, sin que la aplicación de uno excluya la aplicación de otro. Por otra parte, en cuanto al aspecto adjetivo del laudo, se ha evidenciado que, de conformidad con la concepción del arbitraje en del sistema jurídico ecuatoriano, la equidad se encuentra limitada por las normas imperativas y de orden público. Por eso, mientras estas no sean vulneradas y las garantías del debido proceso sean respetadas, la equidad puede aplicarse de manera subsidiaria a las normas positivas que regulen los aspectos procesales del arbitraje.

# La capacidad jurídica de los discapacitados intelectuales y sus derechos como consumidores en Ecuador según la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad

**Robert Friend Macías**
Universidad de Especialidades Espíritu Santo UEES,
docente de la Facultad de Derecho, Política y Desarrollo, Campus Samborondón,
Guayaquil, Ecuador.
Correo electrónico: robertfriendm@gmail.com; robertfriend@uees.edu.ec

**María de los Ángeles Álava Díaz**
Universidad de Especialidades Espíritu Santo UEES,
*alumna* de la Facultad de Derecho, Política y Desarrollo, Campus Samborondón,
Guayaquil, Ecuador.
Correo electrónico: malavad@uees.edu.ec; ab.malavad@hotmail.com

Recibido / Received: 01/03/2019
Aceptado / Accepted: 26/03/2019
DOI: 10.18272/lr.v6i1.1384

## Resumen
La presente investigación analiza el ordenamiento jurídico ecuatoriano relacionado con los derechos como consumidores de las personas con discapacidad intelectual en concordancia con la Convención para los Derechos de las Personas con Discapacidad, para lo cual se realiza una revisión bibliográfica de las leyes relacionadas, y un análisis de un caso real en Ecuador y una comparación con el Derecho de otros países. Lo anterior ha permitido identificar que existen algunas falencias que atentan contra los derechos de las personas con discapacidad intelectual como la limitación de la concepción médica para definir la discapacidad, así como la nueva concepción de capacidad jurídica y la existencia de términos relacionados con los discapacitados intelectuales que son discriminatorios y peyorativos dentro del Código Civil, lo que ha traído como consecuencia que diversos funcionarios públicos y operadores de justicia no tengan lineamientos claros respecto de la voluntad y autonomía de estas personas para poder representarse por sí mismas.

## Palabras clave
discapacidad intelectual; sistema de capacidad; capacidad jurídica; autonomía de la voluntad; Derecho comparado.

## *The legal capacity of intellectually disabled people and their rights in Ecuador according to the Convention on the Rights of Persons with Disabilities*

## Abstract
*This research analyses the Ecuadorian legal system related to the rights of persons with intellectual disabilities as consumers in accordance with the Convention on The Rights Of Persons With Disabilities, for which, it carries out a bibliographical review of the legal framework as well as to an analysis of a real case in Ecuador and a comparison with the law of other countries. This has allowed to identify that there are some flaws that threaten the rights of people with intellectual disabilities such as limiting the medical conception that defines disability, as well as the new conception of legal capacity and the existence of terms related to intellectually disability that are discriminatory and derogatory within the Civil Code. Consequently, various public officials and operators of justice do not have clear guidelines regarding the will and autonomy of this group of consumers people to be able to represent themselves.*

## Keywords
*intellectual disability, capacity system, legal capacity, autonomy of the will, comparative Law.*

## 1. Introducción

Las personas con discapacidad están protegidas por diversas normas supranacionales las cuales generalmente contienen políticas de inclusión, accesibilidad y no discriminación en favor de este grupo. Sin embargo, hasta antes de la promulgación de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (en adelante CDPD), no se trataba sobre la capacidad jurídica de estas personas ni los efectos jurídicos que producen los actos que ellos suscriben, por lo que, para la presente investigación, se ha considerado específicamente tratar sobre la capacidad jurídica de los discapacitados intelectuales.

Ecuador, por su parte, considera a las personas con discapacidad como sujetos de atención prioritaria de acuerdo al artículo 35 de la Constitución de la República, lo que permitió después promulgar la Ley Orgánica de Discapacidades, la cual fue publicada en el Registro Oficial No. 796 Suplemento de 25 de septiembre de 2012, cuya disposición reformatoria y derogatoria decimotercera, sustituye el término demente por el de discapacitado intelectual dentro de todo el ordenamiento jurídico ecuatoriano, con el fin de cumplir con el principio de igualdad que profesa la Carta Magna.

En razón de lo anterior y con el objetivo de actualizar la terminología, se reformaron 58 artículos del Código Civil, pero a pesar de aquello, se puede observar que existen aún términos ofensivos como loco, furioso, o la persistencia del término demente. Estos términos peyorativos son la menor de las deficiencias del marco jurídico ecuatoriano, pero son el punto de partida para identificar una problemática mayor. Básicamente, la debilidad más importante radica en la ausencia de una normativa clara y concisa que permita identificar la capacidad de ejercicio de los discapacitados intelectuales sobre la base de su grado de discernimiento y raciocinio. Esto ocasiona que derechos fundamentales les sean negados debido a suposiciones personales sin fundamento objetivo y técnico.

Así, jueces, notarios y demás funcionarios públicos, al no disponer de un marco claro sobre los actos jurídicos realizados por los discapacitados intelectuales, de manera discrecional, establecen límites para la ejecución de ciertos actos jurídicos, como la suscripción de contratos para la adquisición de bienes y servicios, lo cual será demostrado en este trabajo y evidenciado mediante un caso real que pareciese ser la regla general en aquellos países que mantienen una legislación que no protege la autonomía de la voluntad de las personas con discapacidad intelectual.

En consideración a la problemática citada, este artículo académico tiene como objetivo identificar las anomalías del marco jurídico ecuatoriano que violentan los derechos de las personas con discapacidad intelectual en su calidad de consumidores. De igual forma, se analizan las recomendaciones realizadas por la Orga-

nización de las Naciones Unidas (en adelante ONU) en este tema y se contrastan con los aportes de catedráticos e investigadores de la materia. Finalmente, se realiza una descripción breve del marco jurídico de países como España y Argentina que han regulado un sistema de capacidades más incluyente para las personas con discapacidad intelectual.

## 2. Evolución histórica del sistema de capacidades y la discapacidad intelectual según la Convención para los Derechos de los Discapacitados

De acuerdo con Quinn y Degener,los primeros antecedentes sobre el reconocimiento de los derechos de los discapacitados surgieron en la década de los años cincuenta, gracias a la ONU, entidad que estableció normas internacionales en temas de educación, capacitación y distinción de personas con discapacidad[1.]

Después de dos décadas, el criterio del marco jurídico internacional evolucionó a un sistema basado en derechos. De esta forma, el 20 de diciembre de 1971[2], se genera la Declaración de los Derechos del Retrasado Mental proclamada por la Asamblea de las Naciones Unidas, a través de la Resolución 2856, en la cual, por primera vez, se afirma que "las personas discapacitadas deben gozar los mismos derechos que las personas sanas"[3].

Posteriormente, en 1975, se lograron avances importantes en materia de discapacidad con la Resolución 3447, la cual se denominó como Declaración de los Derechos de los Impedidos, misma que reconoce, en su párrafo 5, que "los impedidos tienen derecho a medidas destinadas a permitirles lograr la mayor autonomía posible"[4.]

Sin perjuicio de lo anterior, el verdadero fortalecimiento del Derecho Internacional se dio entre 1983 y 1992, período declarado como Decenio de las Naciones Unidas para los Impedidos gracias a los resultados del Programa de Acción Mundial para los Discapacitados puesto en marcha en 1982. En este programa, se trató por primera vez la necesidad de que el Estado genere políticas que permitan la inserción del impedido en la sociedad[5]. Uno de los logros más importantes del programa antes referido se dio en el 2002, cuando se materializó la recomendación de la creación de una convención completa sobre los derechos de las personas con discapacidad en la Resolución 58/132, respaldada por 191

1 Quinn, Gerard., y Degener, Theresia. *Aplicación de la autoridad moral.* En Compilador o editor. *Derechos Humanos y discapacidad: Uso actual y posibilidades futuras.* Ginebra: Publicaciones de las Naciones Unidas, 2004, p. 24.

2 Barranco, María. Del Carmen., Cuenca, Patricia. y Ramiro, Miguel. "Capacidad jurídica y discapacidad: el artículo 12 de la Convención de Derechos de las Personas con Discapacidad". *Anuario Facultad de Derecho – Universidad de Alcalá*, (2012), p. 53-80.

3 Declaración de los Derechos del Retrasado Mental, Resolución 2856 (1971).

4 Quinn, Gerard., y Degener, Theresia. *Óp. cit.*, p. 24.

5 Organización Naciones Unidas. *Historia de la discapacidad y las Naciones Unidas - Decenio de las Naciones Unidas para los Impedidos: 1983-1992.* 14 de marzo de 2018. https://www.un.org/spanish/disabilities/default.asp?id=576 (acceso: 1/04/2019).

países miembros. Como resultado de aquello, en el año 2006, se promulgó la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (en adelante CDPD)[6].

La CDPD se convirtió en el instrumento más importante de Derecho Internacional en materia de discapacidad y está compuesta por 50 artículos que reconocen, protegen y promueven derechos fundamentales de los discapacitados en materia civil, política, social, económica y cultural[7]. La Convención ha motivado a que a los Estados partes, miembros de la ONU, actualicen sus marcos regulatorios, pero, sobre todo, la importancia de la Convención se manifiesta en la visibilización de la situación de los discapacitados que históricamente han sufrido segregación social que ha afectado su capacidad de ejercicio para poder representarse plenamente en los actos jurídicos que realizan[8].

## 3. La discapacidad en Ecuador y la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad

Según Galarza las primeras acciones promovidas por el Estado, en materia de discapacidad, se dieron en el año 1990 a pesar que aquellos esfuerzos fueron infructuosos. Posteriormente, en 1992, se creó, mediante la Ley 180, el Consejo Nacional de Discapacidades (Conadis). Sin embargo, debido a que, en aquella época, el marco jurídico nacional no consideraba a los discapacitados como personas de atención prioritaria, la entidad no tuvo el apoyo presupuestario ni político para generar acciones de impacto[9].

Entre 1993 y 2007, el país vivió momentos de inestabilidad política con nueve presidentes en el poder. Solo uno pudo terminar su mandato (Sixto Durán Ballén) y un triunvirato que gobernó durante un día. Por esta razón, no existió, no se generó una política social para la inclusión de personas con discapacidad[10]. Recién en 2008, Ecuador fue una de las primeras naciones que adaptó su marco jurídico tomando como referencia la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad[11]. Estos cambios motivaron la creación de la Ley Orgánica de Discapacidades, publicada en el Registro Oficial No. 796 Suplemento de 25 de septiembre de 2012[12]. A pesar de aquello, estas acciones no fueron del todo

6 Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (2006). https://www.un.org/esa/socdev/enable/documents/tccconvs.pdf (acceso:18/03/2019).

7 Botero, Paola. "Discapacidad y estilos de afrontamiento: una revisión teórica". *Revista Vanguardia Psicológica* (2013), p. 197-213.

8 Bariffi, Francisco. *2008-2013: Cinco años de vigencia de la Convención Internacional sobre los Derechos De las Personas con Discapacidad. Mesa Redonda: Plena igualdad ante la Ley, capacidad jurídica y limitación de derechos.* Ginebra: Publicaciones de la Organización de las Naciones Unidas, 2015, p. 9.

9 Galarza, Miranda. "Discapacidad intelectual: demanda por un análisis cultural y social crítico en Ecuador". *Revista Sociológica de Pensamiento Crítico* (2009), p. 179-202.

10 Albán, Diana. *et al.* "Política de atención a personas con discapacidad en el Ecuador: hacia un modelo de exportación". *Revista Línea Sur* (2013), p. 95-110.

11 Brogna, Patricia. *Visiones y revisiones de la discapacidad (Compilación)*. México DF: Fondo de Cultura Económica, 2012, p. 10-45.

12 Ley Orgánica de Discapacidades. Registro Oficial No. 796 Suplemento de 25 de septiembre de 2012.

efectivas porque, tras siete años de vigencia de la Constitución, se identificaron retos que deben ser aún superados[13].

Estos retos se expresan en treinta y dos motivos de preocupación y treinta y seis recomendaciones de acuerdo con el informe de Observaciones Finales sobre Ecuador del 27 de octubre de 2014 creado por el Comité de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Una de las preocupaciones de mayor relevancia es la concepción médica que fundamenta la definición del término discapacidad en la Ley Orgánica de Discapacidades. En este sentido, el texto de recomendación expone "la definición de persona con discapacidad enfatiza la restricción de capacidades y soslaya la dimensión social y relacional de la discapacidad"[14].

Según el contexto anterior, Bariffi, expone en el marco de la Conferencia Internacional sobre los cinco años de vigencia de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, que la condición de una persona es la puerta de acceso a la titularidad de los derechos, y al mismo tiempo, la capacidad jurídica, es la puerta de acceso al ejercicio de estos15. Sin un reconocimiento pleno de capacidad jurídica, no es posible acceder verdaderamente al ejercicio de los derechos humanos en general[16].

## 4. El sistema de capacidad en la legislación ecuatoriana

Ecuador, como Estado constitucional de derechos, establece el respeto, protección y garantía de los derechos humanos y consagra la atención prioritaria para aquellas personas pertenecientes a los grupos tradicionalmente excluidos, como lo son las personas con discapacidad, aplicando el principio de igualdad y no discriminación de manera transversal en cada una de sus políticas y acciones[17].

En un intento de abarcar correctamente todos los aspectos de la condición jurídica de las personas con discapacidad, se realizaron cambios en el Reglamento a la Ley Orgánica de Discapacidades[18] y en la Ley Orgánica de Defensa al Consumidor[19], con el objetivo de ajustar a los preceptos constitucionales y a las recomendaciones emitidas por organismos internacionales como las Naciones Unidas en relación con lo contenido en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Sin embargo, los esfuerzos han sido infructuosos porque dejan

13 Salazar, Joab. *Análisis de las políticas públicas y leyes que implementó el gobierno del Ecuador entre 2009 y 2017 en favor de la inclusión social de las personas con discapacidad a través del enfoque de capacidades de Amartya Sen y la ciudadanía universal de Martha Nuss.* Tesis de Grado. Pontificia Universidad Católica del Ecuador, Quito, 2018, p. 54-69.

14 Comité sobre los Derechos Humanos de las Personas con Discapacidad (CRPD) – Ecuador 201. *Observaciones finales sobre el informe inicial del Ecuador*, 27 de octubre de 2014. http://acnudh.org/comite-sobre-los-derechos-de-las-personas-con-discapacidad-crpd-ecuador-2014/ (acceso: 11/01/2019).

15 Bariffi, Francisco. 2015. *Óp. cit.*, p. 9.

16 Martínez, Miguel. Acosta. *Teoría general del acto jurídico y obligaciones.* México DF: Porrúa, 2013, p. 56.

17 Pérez, Luis., y Andreu, Alberto. *Inclusión, discapacidad y empleo: Algunas claves a través de 7 historias de vida caso Ecuador.* Madrid: Cinta, 2014, p. 103.

18 Reglamento a la Ley Orgánica de Discapacidades. Registro Oficial No. 109 Suplemento de 27 de octubre de 2017.

19 Ley Orgánica de Defensa del Consumidor. Registro Oficial No. 116 Suplemento de 10 de julio de 2000. (última modificación 13 de octubre de 2011).

abierta la posibilidad para que los jueces y demás funcionarios públicos, realicen interpretaciones sin disponer de lineamientos claros para tomar decisiones efectivas sobre la capacidad de ejercicio de las personas con discapacidad intelectual[20].

## 4.1. El Código Civil ecuatoriano

El sistema de capacidad regulado en el Código Civil establece, en su artículo 1463, que "son absolutamente incapaces los dementes, los impúberes y las personas sordas que no puedan darse a entender de manera verbal, por escrito o por lengua de señas"[21]. Como se observa, el Código Civil emplea el término dementes para las personas consideradas legalmente como incapaces absolutas, pero atendiendo al texto de la reforma que se realizó en la Ley Orgánica de Discapacidades, se sustituye dicho término por el de discapacitado intelectual por considerarlo peyorativo y discriminatorio. A pesar de los cambios, reformas y modificaciones realizadas en la normativa ecuatoriana, el Código Civil conserva, en la mayoría de sus artículos, la palabra demente y lo posiciona como el cuerpo legal con más imprecisiones en su redacción dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano[22].

Asimismo, el Código Civil, en el artículo 486, contiene presunciones respecto de las limitaciones de los actos jurídicos del demente que, de acuerdo con lo expresado en líneas anteriores, actualmente se los denomina discapacitados intelectuales. De esta forma el Código Civil del Ecuador, en el artículo mencionado anteriormente, establece que los actos y contratos del demente, posteriores a la sentencia de interdicción, serán nulos, aunque se alegue que fueron ejecutados o celebrados en un intervalo de lucidez; y, por el contrario, los actos y contratos ejecutados o celebrados sin previa interdicción serán válidos, a menos de probarse que la persona que los ejecutó o celebró, estaba entonces privado del uso de la razón.

Respecto a aquello, Ospina presume que tales actos son válidos, porque la capacidad es la regla general en nuestro derecho, según ya quedó explicado, lo que no se opone a que se demuestre judicialmente que han sido celebrados en un momento en que el agente se encontraba en estado de enajenación mental y que, por tanto, son inválidos[23].

Sin embargo, en contradicción con lo anterior, los dementes no interdictos tampoco tienen plena capacidad de ejercicio, ya que el mismo código, en su artículo 518, indica que son incapaces para ejercer toda tutela o curaduría "los dementes, aunque no estén bajo interdicción"[24], lo que evidencia que los discapacitados

20 Este argumento nace del análisis realizado en el presente documento, como consecuencia de la revisión bibliográfica y el análisis del caso.

21 Código Civil. Registro Oficial No. 46 Suplemento de 24 de junio de 2005 (última modificación 22 de mayo de 2016).

22 Al revisar el Código Civil, se puede observar con claridad que se menciona la palabra demente durante todo el cuerpo legal, generando ambigüedad en la interpretación normativa y por ende una posible afectación de los derechos en general de este grupo de personas.

23 Ospina, Fernández. *Teoría general del contrato y del negocio jurídico*. Bogotá: Temis, 2015, p. 88-94.

24 Código Civil. *Eiusdem*. Artículo 518.

intelectuales se encuentran inmersos en una laguna legal respecto de la validez de sus actos jurídicos.

Para concluir este tema, se ha demostrado a través de los artículos antes analizados, una de las tantas contradicciones contenidas en el Código Civil y la inseguridad jurídica que envuelve los actos realizados por los discapacitados intelectuales. Por esta razón, se debe precisar que una persona discapacitada intelectual no siempre puede considerarse como incapaz absoluto, ni tampoco tiene el mismo significado y connotación el término discapacidad e incapacidad[25], ya que mientras una persona con discapacidad intelectual privada del uso de la razón no haya sido declarada en interdicción judicial, la presunción de validez de sus actos jurídicos dependerá de la aprobación de la falta de autonomía de su voluntad a través de métodos científicos[26].

Finalmente, el Consejo Nacional para la Igualdad de Discapacidades emitió la Resolución 011-ST-2018 publicada en el Registro Oficial No. 435 de 25 de febrero de 2018, en que se establece que las personas con discapacidad física, auditiva, visual, intelectual y psicosocial son "legalmente capaces para poder celebrar actos y contratos por sí solos; conforme a lo dispuesto en el artículo 5 y en los numerales 2, 3, 4 y 5 del artículo 12 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad"[27]. Respecto a esta Resolución, es preciso manifestar que no resuelve la inseguridad jurídica que engloban los actos de las personas con discapacidad intelectual, que es lo que nos incumbe en el sentido de que se ha demostrado hasta ahora que el problema no se solucionará hasta que no exista una completa reforma al sistema de capacidad del Código Civil a la luz de lo consagrado en el artículo 12 de CDPD.

## 4.2. Ley Orgánica de Discapacidades

La discapacidad se considera como una condición adquirida por factores congénitos o por problemas externos[28], tales como accidentes que causan cambios físicos o intelectuales momentáneos o permanentes en una persona, determinando un estilo de vida diferente que no se ajusta al convivir diario de la sociedad y, por ende, necesita de una atención diferenciada en todos los ámbitos, incluso en las concepciones legales[29].

25 Villarreal, Carla. "El reconocimiento de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad mental e intelectual y su incompatibilidad con los efectos jurídicos de la interdicción y la curatela". *Revista Jurídica de la Pontificia Universidad Católica del Perú* (2014), p. 18-59.

26 Los métodos científicos se refieren a metodológicas de carácter médico que efectivamente prueben que una persona no está en la capacidad de tomar decisiones coherentes por afectaciones de índole fisiológicas o psicológicas.

27 Consejo Nacional para la Igualdad de Discapacidades Resolución No. 011-ST-2018. Artículo 1. Registro Oficial No. 345 de 25 de febrero de 2018.

28 Monje, Jose. "Misión «Manuela Espejo», paradigma de la solidaridad convertida en política de Estado en Ecuador". *Revista Cubana de Salud Pública* (2013), p. 598-608.

29 Buitrago, Adriana., Giraldo, Yaniza., y Silva, Alba. "La discapacidad en el ordenamiento jurídico colombiano". *Revista Republicana* (2015), p.135-158.

Según el artículo 6 de la Ley Orgánica de Discapacidades, una persona con discapacidad es toda aquella que "ve restringida permanentemente su capacidad biológica, psicológica y asociativa y, como resultado, no puede ejercer actividades sociales de manera normal"[30]. Esta definición es limitada y restrictiva porque al usar el término permanentemente, no considera aspectos importantes como el hecho que una persona con discapacidad intelectual puede obtener tratamiento y mejorar su condición

En este sentido, es indispensable citar el documento titulado Informe Mundial sobre Discapacidad publicado por la Organización Mundial de la Salud, que expone una debilidad del marco jurídico alrededor del mundo por cuanto las definiciones jurídicas sobre la discapacidad no consideran la evidencia médica que indica que las personas que sufren ciertas patologías que desembocan en discapacidad mental, pueden mejorar su condición gracias a tratamiento y terapia[31]. Por ejemplo, una persona que sufre de síndrome de Down, que ha tenido educación y tratamiento especial, puede alcanzar estudios de cuarto nivel. Entonces, a pesar de que su capacidad ha sido reducida por su patología, esto no ha sido impedimento para ejercer actividades académicas normales[32].

Una debilidad de la Ley Orgánica de Discapacidades es que menciona varios criterios ambiguos para definir la incapacidad física o psicológica de una persona. De esta forma, el artículo 6, establece lo siguiente:

> Para efectos de esta ley, se considera persona con discapacidad a toda aquella que, como consecuencia de una o más deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales, con independencia de la causa que le hubiere originado, ve restringida permanentemente su discapacidad biológica, psicológica y asociativa para ejercer una o más actividades esenciales de la vida diaria, en la proporción que establezca el reglamento[33].

Esta misma definición se encuentra incorporada en el reglamento de la ley mencionada *ut supra*, por lo que nada aporta acerca de la validez de los actos realizados por un discapacitado intelectual. Lo que debe destacarse en esta norma es que el Ministerio de Salud Pública y el Consejo Nacional de Discapacidad utiliza el modelo de baremo español, el mismo que es uno de los modelos más completos que especifica valoración y criterios para establecer discapacidad física o intelectual de una persona usando como criterios la disminución de la capacidad laboral o autonomía de vivir por sí solo, así como el análisis de la sintomatología psicopatológica universalmente aceptada[34]. No obstante, este sistema no se ajusta totalmente a las particularidades del contexto social ecuatoriano, por lo que surgen malinterpretaciones.

30 Ley Orgánica de Discapacidades. *Eiusdem.* Artículo 6.

31 Organización Mundial de la Salud. *Informe mundial sobre la discapacidad.* Ginebra: Organización Mundial de la Salud, 2011, p. 9-23.

32 Ruiz, Emilio. "Evaluación de la capacidad intelectual en personas con síndrome de Down". *Revista Española de Investigación e Información sobre el Síndrome de Down* (2001), p. 80-88.

33 Ley Orgánica de Discapacidades. *Eiusdem*. Artículo 6.

34 Salazar, Joab. *Óp. cit.*, p.54-69.

En general, el problema que tiene la Ley de Discapacidades y su Reglamento es que solamente plantean beneficios de índole socioeconómica[35], pero no determina, según el grado de discapacidad de la persona, la capacidad de ejercicio y la validez de sus actos jurídicos de acuerdo con su grado real de discapacidad intelectual. Como consecuencia, se argumenta que la debilidad de la Ley genera que jueces y demás funcionarios públicos usen a discrecionalidad su criterio para determinar la incapacidad jurídica ya que el Código Civil tampoco resuelve la problemática.

## 4.3. Proceso de acreditación de las personas con discapacidad

El marco jurídico ecuatoriano establece mecanismos para categorizar a los discapacitados en general, de acuerdo con diferentes grados porcentuales de discapacidad, para lo cual el Ministerio de Salud Pública y el Consejo Nacional de Discapacidad utilizan el modelo español mencionado anteriormente[36]. Sin perjuicio de lo anterior, el resultado de este procedimiento se limita a la emisión de una credencial que representa el grado de discapacidad evidente o visible de una persona, información incompleta que no sirve a jueces o notarios para conocer si es que aquella persona puede usar su razonamiento lógico, que es lo primordial para tomar decisiones coherentes.

De acuerdo con la Ley de Discapacidades en su artículo 11, una vez realizada la calificación de las personas con discapacidad y el correspondiente registro por parte de la unidad competente del Sistema Nacional de Salud, la autoridad sanitaria deberá inmediatamente enviar dicha información a la Dirección General de Registro Civil, Identificación y Cedulación, para que, de esta manera, se incluya en la cédula de ciudadanía la discapacidad de la persona, su porcentaje, tipo y nivel[37].

No obstante, a pesar que la normativa es clara, en la práctica, no existe ningún acuerdo institucional entre el Registro Civil y el Ministerio de Salud Pública[38] sobre el cruce de información de las personas que tienen algún tipo de discapacidad ya sea física o intelectual y, más grave aún, cuando la persona con discapacidad informa de su condición al Registro Civil, si bien es cierto que se incluyen sus datos en la ficha cedular, al momento de imprimir la cédula, los datos sobre sobre su discapacidad no siempre se reflejan en el documento de identificación o, en el caso más común, la persona con discapacidad no actualiza su cédula.

35 Exenciones tributarias para importaciones de vehículos, descuentos en el pago de servicios básicos y tarifas preferenciales para la adquisición de bienes y servicios privados.

36 Espinosa, Carlos., Gómez, Victor., y Cañedo, Carlos. "El acceso y la retención en la educación superior de estudiantes con discapacidad en Ecuador". *Revista Formación Universitaria* (2012), p. 27-38.

37 Ley Orgánica de Discapacidades. *Eiusdem*. Artículo 11.

38 No se encontró ningún documento en los repositorios digitales, ni tampoco se remitieron los documentos al realizar las consultas a los servidores públicos de las entidades.

De esta manera, se concluye que, a pesar que la cédula de ciudadanía[39] es el único documento habilitante que sirve a las personas con discapacidad para acogerse a la Ley de Discapacidades y es el único documento que les permite tener un beneficio para todo trámite público o privado, no existen los instrumentos legales que permitan un correcto traslado de información entre las entidades competentes, de manera que no existe herramientas que permitan la plena inclusión de los discapacitados intelectuales.

## 4.4. Ley Orgánica de Defensa del Consumidor

El artículo 4 de la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor establece que, entre los Derechos de los Consumidores, además de los especificados en la Constitución de la República, tratados o convenios internacionales, legislación interna, principios generales del Derecho y costumbre mercantil, se encuentran el derecho a un trato transparente, equitativo y no discriminatorio por parte de los proveedores de bienes o servicios, especialmente en lo referido a las condiciones óptimas de calidad, cantidad, precio, peso y medida[40].

De igual forma, el artículo 55 *eiusdem*, prescribe que es un abuso "aprovecharse dolosamente de la edad, salud, instrucción o capacidad del consumidor para venderle determinado bien o servicio"[41]. En este sentido, si bien es cierto que a lo largo del presente documento se ha mencionado que no es lo mismo discapacidad que incapacidad, y que no toda persona con discapacidad intelectual es incapaz absoluto, la interrogante que surge de este escenario es: ¿las personas con discapacidad intelectual pueden ser consideradas como consumidores?

La respuesta puede ser sencilla desde el punto jurídico, debido a que hasta no pesar sobre ellos una sentencia de interdicción, en definitiva, son legalmente capaces para realizar actos jurídicos y consecuentemente ser consideradas consumidores. Esta postura puede ser débil ya que la regulación objeto de análisis, trata de la misma forma a todos los discapacitados intelectuales sin considerar el grado de voluntad y raciocinio de estos.

Por lo anterior, un discapacitado intelectual con un carné que refleje un grado de discapacidad intelectual del 70 % es plenamente capaz según la norma que regula los derechos del consumidor mientras no tenga sentencia de interdicción visualizando más la problemática que propone esta investigación. A continuación, se plantea un caso real en donde se podrá apreciar las dificultades que una persona con discapacidad intelectual leve tuvo que enfrentar por las falencias del sistema de capacidades en Ecuador y de todas las normas conexas que regulan el tema.

39 Ley Orgánica de Discapacidades. *Eiusdem*. Artículo 12.
40 Ley Orgánica de Defensa del Consumidor. *Eisdem*. Artículo 4.
41 *Eiusdem*. Artículo 55.

## 5. Análisis de caso

El caso[42] ocurrió en la ciudad de Guayaquil, cuando la Srta. María Paulina García León Hing obtuvo el financiamiento aprobado por el Banco del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social (en adelante BIESS) para la adquisición de una vivienda y, para culminar con el trámite de compraventa, dicha institución la derivó a una notaría para formalizar la escritura. La titular de la Notaría 53 de Guayaquil, abogada Kelly Sempertegui Zambrano, no autorizó y se negó a dar fe y solemnizar el acto notarial de escritura de venta entre el BIESS y la Srta. León, alegando que esta última tenía un grado moderado de discapacidad intelectual del 35 % según se desprendía de la copia del carné del Conadis, por lo que le manifestó que debía tener un curador que interviniera en el acto jurídico para celebrarlo.

Luego de aquello y por disposición de la notaría, la ciudadana presentó, ante la justicia ordinaria, la solicitud de nombramiento de curador, pero fue inadmitido por la abogada Dorinda Perla Rivera Cárdenas, jueza de la Unidad Judicial Norte de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia con número de juicio 09201-2016-00773, quien alegó que la discapacidad acreditada por el Ministerio de Salud Pública del Ecuador de 35 %, no justifica el nombramiento de un curador. Ante esta situación la ciudadana no pudo celebrar el contrato, en razón de que caducó el plazo señalado por el BIESS para su suscripción.

El 29 de septiembre de 2016, la Srta. María Paulina García León Hing acudió a la Defensoría del Pueblo a denunciar la violación a sus derechos como consumidora en razón de que se le negó formalizar y suscribir una escritura de compraventa de una casa en la Notaría 53 del cantón Guayaquil, por tener 35 % de discapacidad intelectual. Los argumentos indican que le han sido vulnerados los derechos establecidos en el artículo 4 de la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor debido a que, a través de un juicio de valor, la notaria indicó que no puede realizar el acto jurídico para formalizar la compraventa de un bien, negándole el servicio. La Defensoría del Pueblo admitió el trámite con número de expediente 2016-17448-xxx[43] de conformidad a lo establecido en el artículo 215 de la Constitución de la República del Ecuador. El 07 de octubre de 2016 se realizó la audiencia en donde comparecen las dos partes. La Notaría pidió disculpas públicas, manifestando que no fue su intención vulnerar derechos y, de la transcripción del Acta levantada en dicha audiencia, manifestó: "Simplemente cumplí con las formalidades que determina la ley para el cumplimiento y celebración de escrituras públicas". De los dichos de la Notaría, se desprende que esta funcionaria pública, por falta de claridad del ordenamiento jurídico ecuatoriano sobre la capacidad de ejercicio de los discapacitados intelectuales, vulnera derechos constitucionales, lo cual en ninguna circunstancia debió ocurrir.

42 Defensoría Pública, Expediente 2016-17448. Resolución de 7 de octubre de 2016.
43 No se pública el número de expediente completo con el fin de precautelar la privacidad de los actores.

Es claro que existe un vacío legal para la actuación de los notarios y demás funcionarios públicos frente a este tipo de casos por lo que se debería reformar el Código Civil y la Ley Orgánica de Discapacidades y su Reglamento proponiendo un nuevo sistema de capacidad que garantice también los derechos que tienen como consumidores estas personas.

## 6. Legislación comparada

### 6.1. El sistema de discapacidades argentino

El 1 de agosto de 2015 entró en vigor la reforma al Código Civil argentino, que trajo consigo cambios sustanciales en la doctrina que norma las relaciones en la sociedad argentina, especialmente en materia de discapacidad. La nueva normativa se adaptó a los preceptos instituidos en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, que fue aprobada y ratificada por el país en el año 2008 mediante ley 26 378[44].

Bariffi, principal exponente que analiza el sistema de capacidad del Código Civil argentino, determina que la nueva concepción judicial en materia de discapacidad basada en los derechos humanos permite el respeto de la dignidad inherente, además del respeto a la libertad de tomar decisiones propias, y del respeto por las diferencias y aceptación de las personas discapacitadas en la sociedad en igualdad de oportunidades[45].

El caso argentino presenta muchas ventajas en comparación a la legislación ecuatoriana. Por un lado, los jueces tienen la capacidad de declarar incapaz a una persona en dos formas: absoluta y restringida[46]. Se declara incapaz a una persona con discapacidad mental cuando tiene una falta absoluta de control para dirigirse a sí mismo o a sus bienes. En cambio, el juez dicta capacidad restringida, cuando la persona no presenta igual gravedad de condiciones que una persona incapaz, y solo tiene límites para realizar algunos actos que deben ser expresados por el juez[47].

Por otro lado, la ley de Argentina en tema de discapacidad tiene un sistema de apoyo al ejercicio de la capacidad que Ecuador no lo tiene. Este se encuentra prescrito en el artículo 43 del Código Civil argentino, el cual establece que se entiende por apoyo a cualquier medida judicial y extrajudicial que facilite a la persona dirigirse. La persona interesada que necesite apoyo para realizar actos jurídicos o administrar sus bienes puede proponer al juez que le designe a una o

44 Pugliese, María. Rosa. "Las revistas jurídicas: un instrumento didáctico para el estudio de la evolución del derecho en la Argentina". *Revista sobre enseñanza del Derecho* (2015), p. 75-105.

45 Bariffi, Francisco. "El Régimen de Incapacidad del Código Civil argentino a la luz de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad". *Red Iberoamericana de Expertos en la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad* (2014), p. 107-133.

46 Acosta, Miguel. *Teoría general del acto jurídico y obligaciones.* México: Editorial Porrúa, 2013, p. 36.

47 Rodríguez, Antonio., y Vázquez, Aranzazu. "Revisión y crítica de la valoración del daño estético. Propuesta de un nuevo baremo". *Cuadernos de Medicina Forense* (2014). p. 23-35.

más personas de confianza, para que estas puedan dirigirlo y apoyarlo en todo lo relacionado con el ejercicio de sus derechos[48].

Sin embargo, lo más importante de la legislación argentina radica en la posibilidad que tiene el juez para levantar la incapacidad restringida o absoluta en caso que se detecte a través de tratamientos médicos una mejoría de la persona[49]. Esto ayuda a profundizar y mejorar el sistema de capacidad, y permite dar paso a una posible recuperación del paciente con tratamiento médico; lo cual no se da en la legislación ecuatoriana.

En la actualidad, se encuentra en debate el Proyecto de Ley 4845-D-2017 donde se discute un reglamento que adecue un modelo que englobe los distintos apoyos para las personas con discapacidad. Los beneficios de este proyecto se enfocan en consolidar en un solo cuerpo legal el apoyo formal para sostener la capacidad jurídica, vida independiente y los programas y servicios de apoyo que se ven contenidos en el Título II del documento, el mismo que será incorporado directamente al Código Civil y de Comercio[50]. Hasta marzo de 2019, el proyecto continúa en debate, y se ha estancado principalmente por el cambio de visión política del gobierno, así como también los ajustes económicos dados en Argentina[51].

Se concluye que el régimen de capacidades graduales es una metodología flexible, que elimina el riesgo de restringir derechos a personas discapacitadas intelectuales que probablemente puedan actuar y tomar decisiones de manera coherente a pesar que, de manera preliminar, pueda suponerse que está incapacitado para aquello. Todo el sistema se refuerza con la metodología que permite a las autoridades argentinas determinar la capacidad jurídica, la cual es el baremo, metodología diseñada para ser utilizada por peritos médicos especializados en valoración de daños corporales y psíquicos, en el marco del Derecho común. Asimismo, los autores manifiestan que los rangos de valores para determinar incapacidad son tres: leve, moderada y grave, acompañada de criterios y explicaciones desde el punto de vista médico sobre la realidad y el futuro del incapacitado. Adicionalmente se establece un porcentaje en relación con la totalidad del individuo analizado[52].

## 6.2. El sistema de discapacidades español

La normativa española tiene cierta similitud con la ecuatoriana en cuanto a la realidad de las personas con discapacidad, las cuales constituyen un sector de la

48 Valencia, Cristina. y Berna, María. Elisa. "Institucionalidad y marco legislativo de la discapacidad en el Ecuador". *Comisión Económica para América Latina y el Caribe* (2016), p. 100-107.

49 Rositto, Sebastián. "Estado de la educación superior argentina a tres años de la ratificación de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad". *Red Iberoamericana de Expertos en la Convención* (2014), p.104-129.

50 Giavarino, Magdalena. "La recepción del Sistema de Apoyos en el Nuevo Código Civil y Comercial". *Estudios de Derecho Privado* (2017), p. 115-129.

51 Trámite Parlamentario N° 122- Expediente 4845-D-2017: Sistema de Apoyos para Personas con Discapacidad. Creación, 2019. https://www.diputados.gob.ar/proyectos/proyectoTP.jsp?exp=4845-D-2017 (acceso 01/04/2019).

52 Rodríguez, Antonio., y Vázquez, Aranzazu. *Óp. cit.* p. 23-35.

población con características similares, es decir, que todas, en diferentes dimensiones, necesitan o precisan de protección en el ejercicio de los derechos humanos[53]. La normativa también establece el régimen de infracciones y sanciones que buscan persuadir para que se den en la sociedad las condiciones básicas en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad[54].

Asimismo, el artículo 200 del Código Civil español, al hablar de incapacidad, engloba varios aspectos que determinan la facultad de autogobernarse de los discapacitados debido a criterios médicos que permiten concluir si el individuo puede insertarse o adaptarse con la sociedad que lo rodea y enfrentar por sí solo los problemas que se le presentan. En razón de aquello, el juez tiene la facultad de declarar la limitación de los actos jurídicos que puede realizar la persona discapacitada dependiendo del tipo y grado de incapacidad que haya arrojado el baremo, instrumento mencionado en líneas anteriores[55].

Esta figura jurídica descrita en el párrafo anterior, recibe el nombre de Capacidad Modificada Judicialmente, que, en resumen, permite al juez valorar de manera integral al discapacitado intelectual y le otorga una tercera persona o institución que lo represente en ciertos actos jurídicos.[56] El sistema de capacidad español se ve fielmente reflejado en el artículo 2 de la Ley de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad que prescribe que estas personas tienen el beneficio de proteger su patrimonio basándose en parámetros médicos como, por ejemplo, lo refiere el literal a) de dicho artículo, el cual considera que las personas afectadas con una minusvalía psíquica igual o superior al 33 % gozarán del beneficio de protección de su patrimonio[57].

## 7. Conclusiones

Del análisis desarrollado en el presente documento, se desprenden varias conclusiones. En primer lugar, a pesar de la disposición reformatoria y derogatoria decimotercera de la Ley Orgánica de Discapacidad, el Código Civil ecuatoriano aún mantiene términos discriminatorios al referirse a las personas discapacitadas intelectuales, lo que demuestra que no solo basta con intentar cambiar la terminología del Código Civil, sino que existe la necesidad de modificar el sistema de capacidad que rige actualmente en Ecuador.

53 Schalock, Robert. "La nueva definición de discapacidad intelectual, apoyos individuales y resultados persona". *Revista Española sobre Discapacidad Intelectual* (2014), p. 22-39.

54 Heras, María. Del Mar. "Nuevos instrumentos jurídicos en la protección de las personas incapaces en el ordenamiento jurídico español: hacia una mayor flexibilización de las instituciones tradicionales". *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla* (2015), p. 78-96.

55 Marín, Carlos. *La integración jurídica y patrimonial de las personas con discapacidad psíquica o intelectual.* Madrid: Universitaria Ramón Areces, 2012, p. 17-39.

56 García, Ignacio. Serrano. *Protección patrimonial de las personas con discapacidad.* Madrid: Iustel, 2015, p. 49.

57 Marín, Carlos. *Óp. cit.*, p. 17-39.

De igual forma, las falencias encontradas en el sistema de capacidad ecuatoriano no solo provoca inseguridad jurídica en la relación contractual entre el discapacitado intelectual y el proveedor de bienes y servicios, sino que también genera incertidumbre e incluso abuso de poder de funcionarios públicos que, por no contar con normativa clara, no saben cómo actuar, lo que termina vulnerando el derecho como consumidor de las personas con discapacidad intelectual.

Finalmente, al realizar el análisis de derecho comparado entre España, Argentina y Ecuador se concluye que el sistema de baremo usado en Argentina y España para determinar diferentes grados de discapacidad intelectual, a través de la medición de la capacidad de razonamiento lógico es una metodología eficaz para determinar la capacidad de ejercicio de estas personas que debe implementarse en el sistema judicial ecuatoriano.

## 8. Propuesta

Se plantean tres propuestas para solventar este vacío y problemática:

1. Presentar un proyecto de reforma al Código Civil, la Ley Orgánica de Discapacidades y su Reglamento para que, en estos, consten los grados de discapacidad, estableciéndose qué actos puede realizar la persona con discapacidad intelectual. Esta reforma garantiza el derecho constitucional a la seguridad jurídica de las personas con discapacidad intelectual y también cumplir con lo contenido en los Tratados Internacionales de derechos humanos como lo hizo Argentina en su reforma al Código Civil que incluso unificó con el Código Comercial para proteger el derecho de propiedad de las personas con discapacidad.

2. El Ministerio de Salud Pública debería actualizar el sistema de baremo tomando como referencia el de España y Argentina, con el objetivo de disponer insumos que permitan conceptualizar los efectos en la capacidad de razonamiento de acuerdo con los grados de discapacidad.

3. Una salida jurídica más allá de la reforma legal es que, mediante un Acuerdo Ministerial entre el Ministerio de Salud Pública y el Consejo de la Judicatura, se coordine que una vez resuelto el informe de discapacidad pertinente con el porcentaje de discapacidad, el organismo competente, antes de que emita el carné de discapacidad, retenga la cédula de ciudadanía del sujeto con discapacidad intelectual y, paralelamente, envíe el expediente y el informe de discapacidad a la Corte Provincial del domicilio de la persona con discapacidad intelectual para que sea sorteado a alguno de los jueces de lo Civil y, de oficio, se inicie el proceso para declarar la interdicción parcial o total según corresponda.

# JaramilloDávila
ABOGADOS










CONTACTO

Av. Amazonas N39-123 y José Arizaga, Edificio Amazonas Plaza, piso 10, oficina 77

Telf: (593-2) 2262922 / 2262923 / 2262924 / 2262925 PO BOX: 17-01-104

E-mail: info@jaramillodavila.com

www.jaramillodavila.com

# Construir el Derecho (entre juegos cooperativos y no-cooperativos)

**Mauricio Maldonado Muñoz**
Universidad San Francisco de Quito USFQ, profesor del Colegio de Jurisprudencia.
Presidente de la Sociedad Ecuatoriana de Filosofía del Derecho SEFiDe.
Campus Cumbayá Casilla Postal 17-1200-841, Quito 170901, Ecuador.
Correo electrónico: mmaldonadom@usfq.edu.ec

Recibido / Received: 12/03/2019
Aceptado / Accepted: 26/03/2019
DOI: 10.18272/lr.v6i1.1489

## Resumen

En este ensayo se busca explicar la manera en que los conceptos de juego cooperativo y no-cooperativo, en el marco de la teoría de juegos, constituye una valiosa herramienta para reconstruir –en términos formales o estructurales– algunos de los conflictos jurídicos que dan forma a nuestros modernos ordenamientos legislados, así como el modo en que tal cosa ocurre.



## Palabras clave

teoría de juegos; juego cooperativo; juego no-cooperativo; conflictos jurídicos


## *Building the Law (between cooperative and non-cooperative games)*


## Abstract

*This essay seeks to explain the way in which the concepts of cooperative and non-cooperative game, within the framework of game theory, constitute a valuable tool to reconstruct–in a formal or structural sense–some of the legal conflicts that shape our modern legal systems, as well as the way in which such a thing happens.*



## Keywords

*game theory; cooperative games; non-cooperative games; legal conflicts*

*La cooperación y el conflicto son dos caras de la misma moneda, ninguna de las cuales puede explicarse sin tener en cuenta la otra.*

**Ken Binmore, «La Teoría de Juegos»**

*En su grave rincón, los jugadores / rigen las lentas piezas. (…) Cuando los jugadores se hayan ido, / cuando el tiempo los haya consumido, / ciertamente no habrá cesado el rito.*

**Jorge Luis Borges, «Ajedrez»**

## 1. Introducción: algunas consideraciones previas

Generalmente se conviene que la teoría de juegos –a pesar de la existencia de varios antecedentes interesantes– empieza con la obra de Von Newmann & Morgenstern, «*Theory of Games and Economic Behavior*». A partir de allí, los desarrollos ulteriores de la teoría se han extendido a varios campos, más allá de aquellos tradicionales (la matemática y la economía), llegando a realizar grandes contribuciones en ámbitos como las ciencias políticas, la sociología y la filosofía moral[1].

Por supuesto, la teoría de juegos es muy rica, de modo que se vuelve necesario delimitar el objeto de este trabajo. Pues bien, en términos formales, uno de los conceptos basilares de la teoría de juegos tiene sus raíces en la propia obra de Von Newmann & Morgenstern. Se trata del concepto de «juego cooperativo». Este y otro concepto que aparece con claridad en la obra del famoso John Nash, el de «juego no-cooperativo»[2], constituyen el basamento de la teoría, al menos en su aspecto *formal* o *estructural*[3]. Y es justamente este aspecto el que me interesa desarrollar. Los juegos cooperativos y no-cooperativos son categorías que, sostengo, pueden ayudar a reconstruir –siempre en términos formales o estructurales[4]– algunos fenómenos relevantes acerca de la forma en que nuestros modernos ordenamientos (legislados) se construyen.

1 Algunos ejemplos: Braithwaite, Richard. *Theory of Games as a Tool for the Moral Philosopher.* Cambridge: Cambridge University Press, 1995; Kuhn, Steven. "Reflections on Ethics and Game Theory". *Synthese*, 141/1 (2004), pp. 1-44; Verbeek, Bruno. *Instrumental Rationality and Moral Philosophy: an essay on the virtues of cooperation*. Dordrecht: Kluwer Academic Publishers, 2002; Verbeek, Bruno. "Conventions and Moral Norms: the Legacy of Lewis". Topoi, 27/1-2 (2008), pp. 73-86 (este último, sobre las huellas de David Lewis. *Convention. A Philosophical Study.* Cambridge: Harvard University Press, 1969).

2 Nash, John. "Non-cooperative Games". *Annals of Mathematics Journal*, 54 (1951), pp. 286-295.

> Von Neumann and Morgenstern have developed a very fruitful theory of two-person zero-sum games in their book *Theory of Games and Economic Behavior.* This book also contains a theory of n-person games of a type which we would call cooperative. This theory is based on an analysis of the interrelationships of the various coalitions which can be formed by the players of the game. Our theory, in contradistinction, is based on the *absense* of coalitions in that is assumed that each participant acts independently. (*Ibíd.*)

3 En otras palabras, en este trabajo no se hallarán posibles estrategias que los «jugadores» podrían o deberían usar para obtener determinados resultados esperados. No se trata sino de un análisis formal o estructural de estos conceptos; aplicados, luego, al estudio de los conflictos en el derecho.

4 Se trata, diría Bobbio, de un capítulo de la teoría estructuralista del derecho (*Vid.*, en general, Bobbio, Noberto. *Dalla struttura alla funzione*. Bari: Laterza, 2007).

Parto de la premisa de que el derecho generalmente se conforma –en términos a precisar– en condiciones de conflicto[5]. Se dan conflictos *por* y *en* el derecho, pero también estos conflictos *determinan* el contenido mismo del derecho. (Más adelante se verá en qué sentido). Sostengo que, en nuestros ordenamientos modernos, el derecho es un sistema que, en general, tiende a transformar ciertos *juegos cooperativos* en *juegos no-cooperativos*. Y que, de hecho, a veces este proceso se vuelve –por decirlo de algún modo– circular, de tal suerte que de ciertos *juegos cooperativos* pasamos a otros *juegos no-cooperativos* y, después, a nuevos *juegos cooperativos* (cada uno con sus características distintivas).

Es del caso explicar qué quieren decir estos conceptos. La teoría de juegos (que es –podría decirse– también una especie de teoría de los conflictos, en la medida en que todos los conflictos pueden ser estudiados en términos de la teoría de juegos[6]) estudia aquellos casos de interacción o interrelación (estratégica) entre diversos individuos –generalmente en *competición* entre ellos– en donde el objetivo es lograr un resultado determinado buscado por las diversas partes. Estas partes o individuos son llamados «jugadores». Los «juegos cooperativos» en donde estos intervienen son casos de interrelación en donde participan diversas *coaliciones* de jugadores. Se trata, entonces, de casos en los que, para obtener un cierto resultado (para «ganar el juego»), es necesario realizar alianzas, conformar bloques o coaliciones. Por el contrario, en los «juegos no-cooperativos» se asume la *ausencia* de coaliciones, por lo que "cada participante actúa independientemente, sin colaboración [de los demás jugadores]"[7]. En consecuencia, sus estrategias deben ser elaboradas de manera autónoma[8].

5 Comanducci, Paolo. "La interpretación jurídica". *El realismo jurídico genovés*. Ferrer-Beltrán, Jordi & Battista Ratti, Giovanni (eds.). Madrid: Marcial Pons, 2011, pp. 54-55.

6 Aunque, seguramente, el mismo razonamiento no vale para el caso contrario. Esto es, que no todos los juegos podrían verse siempre en términos de una teoría «puramente conflictivista». La intersección de ambas clases de casos es, sin embargo, amplísima en su contenido. A menudo los juegos pueden ser definidos en términos de ciertos conflictos. En un libro introductorio, Binmore dice:

> La cooperación y el conflicto son dos caras de la misma moneda, ninguna de las cuales puede explicarse sin tener en cuenta la otra. Reflexionar sobre un juego de conflicto puro como el Juego de las Monedas no equivale a afirmar que todas las interacciones humanas sean competitivas. Tampoco se está afirmando que toda la interacción humana es cooperativa cuando se analiza un juego de coordinación pura como el Juego de la Conducción (Ken Binmore. *La teoría de juegos*. Madrid: Alianza editorial, 2007, p. 18).

Y, más adelante, señala también:

> El uso de las palabras es una fuente interminable de confusión, porque los críticos suponen equivocadamente que la teoría de juegos no cooperativa trata exclusivamente del conflicto, mientras que la teoría de juegos cooperativa trata exclusivamente de la cooperación. Tienen razón en la medida en que la teoría de juegos cooperativa se centra en buena parte en cómo unos individuos racionales cooperarán, qué coaliciones se formarán, qué parte del pastel conseguirá cada uno. Pero se equivocan cuando tratan la teoría de juegos cooperativa y no cooperativa como perspectivas antitéticas en las que el Doctor Jeckyll y Mr. Hyde se erigen como paradigmas enfrentados sobre la condición humana (*Ibíd.*, pp. 200-201).

7 Nash, John. "Non-cooperative Games", *Óp. cit.*, p. 286. Vale anotar, en todo caso, que el propio Nash habla de una tercera categoría: *Two-Person Cooperative Games.* Se trata de casos -dice él- en donde,

> two individuals whose interests are neither completely opposed nor completely coincident. The word cooperative is used because the two individuals are supposed to be able to discuss the situation and agree on a rational joint plan of action, an agreement that should be assumed to be enforceable" (John Nash. "Two-Person Cooperative Games". *Econometrica*, 21 (1953), p. 128).

Me parece que esta situación puede presentarse, en el ámbito del derecho, en aquellos casos «transables». Al respecto se hablará brevemente más adelante.

8 Justamente porque las alianzas y coaliciones están excluidas.

Ahora bien, los conflictos jurídicos pueden verse desde distintos enfoques, según se trate de los *sujetos* del conflicto o de los *objetos* de este, o según se privilegie un enfoque *intra-sistemático* o *extra-sistemático*[9]. En este trabajo pretendo enfocarme en los *sujetos* del conflicto, en los «jugadores», de acuerdo con el planteamiento ya señalado. Sin embargo, previamente es necesario realizar una distinción importante en el ámbito de la teoría de la interpretación: aquella entre las *disposiciones* y las *normas*. A ello estará dedicado el siguiente acápite. En el tercero, por su parte, se hablará acerca de los juegos cooperativos y no-cooperativos en el derecho, y qué tipos de conflictos «describen». En el cuarto punto se analizarán algunos aspectos relevantes de la forma en que estos conflictos se desarrollan en el ámbito jurídico. En el quinto, finalmente, se ofrece una breve conclusión.

## 2. Interpretación: disposiciones (textos) y normas (significados)

Como es bien conocido, en la teoría de la interpretación suele distinguirse entre dos «objetos jurídicos» distintos: las *disposiciones* y las *normas*[10]. Se entiende por *disposiciones* a los textos normativos –todavía no interpretados– producidos por autoridades normativas (legislativas) amparadas por normas de competencia que otorgan el poder de creación, modificación o extinción de tales textos[11]. Por su parte, se llaman *normas* (en sentido técnico) a los significados atribuidos a dichos textos: en particular, los significados atribuidos por autoridades interpretativas a su vez amparadas por normas de competencia que les otorgan un poder tal (de interpretación y aplicación del derecho).

A efectos de este trabajo, consideraré a un sistema jurídico como el conjunto de las normas explícitas e implícitas (expresas e inexpresas) pertenecientes, de acuerdo a ciertos criterios, a ese sistema. Las disposiciones son los textos normativos, mientras que las normas son los significados atribuidos por los intérpretes a tales disposiciones. Sin embargo, como suele recalcar Guastini, a menudo se presentan casos en donde no está claro si un texto normativo expresa la norma N1 o, al contrario, la norma N2; también otros donde, aun conviniendo que una disposición expresa la norma N1, cabe preguntarse si expresa también la norma N2, y así por

9 *Vid.* Maldonado Muñoz, Mauricio. "Dilemas morales, conflictos entre derechos y conflictos «por» y «en» el derecho". *Discusiones*, 19/1 (2017), pp. 179-213.

10 *Vid.* Guastini, Ricardo. *Interpretare e argomentare*. Milano: Giuffrè, 2011, cap. IV.

11 Exceptuando, naturalmente, a los legisladores constituyentes, cuyo ejercicio de creación normativa no está amparado por normas superiores que la autoricen. Se trata, como han señalado Norberto Bobbio (2012), Luigi Ferrajoli (2011) y Riccardo Guastini (2016), de un *poder de hecho* («autorizante», no «autorizado»), puramente creador de una primera constitución; donde por «primera constitución» se entiende a aquella que hace uso de un poder fundacional (de un ordenamiento jurídico, no necesariamente de un nuevo Estado). De allí que toda primera constitución no sea ni válida ni inválida, sino simplemente existente. La validez es un concepto relacional: que relaciona, formal o materialmente, a (al menos) dos normas. La inexistencia de normas superiores respecto de una primera constitución supone que el concepto de validez no le sea aplicable. En ese sentido, el único poder genuinamente constituyente es el poder «originario» (*con buona pace* de los «constituyentes derivados», que son detentores de un poder constituido: «autorizado», no «autorizante»). (Cfr. Norberto Bobbio. *Studi per una teoria generale del diritto*. Torino: Giappichelli, 2012; Luigi Ferrajoli. *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia*. 1. Teoría del derecho. Madrid: Trotta, 2011; Riccardo Guastini. *La sintaxis del derecho*. Madrid: Marcial Pons, 2016.)

el estilo. Además, sucede que los intérpretes no se limitan siempre a adscribir un significado plausible a una disposición; es decir, no se limitan a interpretarla, sino que realizan una labor creativa (o de «construcción jurídica»[12]): casos a los que se pueden reconducir las así llamadas «normas implícitas»[13].

La distinción entre interpretación y construcción jurídica –si seguimos siempre las huellas de Guastini– se puede realizar a la luz de la distinción entre la interpretación cognitiva, la interpretación decisoria y la interpretación creativa. Así, la interpretación cognitiva es una actividad descriptiva (de conocimiento), que se limita a identificar los posibles significados de una determinada disposición, sin elegir uno u otro, dentro de un marco de significados plausibles. Cada uno de estos significados representa, como ya se dijo, una norma. La interpretación decisoria, por otro lado, consiste en la elección (por lo que representa una actividad de voluntad) que hace el intérprete de uno de los significados previamente identificados, eligiendo una norma de entre otras opciones posibles previamente identificadas. Finalmente, la interpretación creativa no se limita a elegir uno de los significados plausibles, dentro del mencionado marco de significados, sino que atribuye un significado que se encuentra fuera de aquel: en este último caso se habla más propiamente de "construcción", no de interpretación jurídica. En otras palabras, interpretación y construcción jurídica se diferencian en cuanto, en la primera, la elección de un significado se puede reconducir a uno de los significados plausibles de un determinado texto, mientras que, en la segunda, no.

Me he servido, pues, de una distinción común a toda práctica interpretativa: aquella entre el *texto* y el *significado del texto*. Naturalmente, esto presupone la existencia de distintos individuos que realizan estos dos tipos de actividades: el *autor* y el *intérprete*. Se podría pensar en distintos autores y en distintos intérpretes en diferentes circunstancias y contextos. Piénsese, por ejemplo, en la interpretación conversacional: en dicho caso, el éxito de la comunicación entre el hablante y el receptor depende de que este último (intérprete) comprenda la *intención comunicativa* del primero. La *intentio auctoris* y la *intentio lectoris* –como las llama Eco– en este caso deben coincidir. Piénsese, por otro lado, en la interpretación literaria: aquí el autor y el lector no se comunican directamente, por lo que entre ellos media una *obra* que el lector puede interpretar de diversas maneras. Por ello, Eco añade a las dos «intenciones» antedichas también la denominada *intentio operis*[14], en donde el término *intención* tiene, evidentemente, un sentido puramente metafórico (la intención de la *obra*: el texto, el discurso). En el caso de la interpretación jurídica también esta distinción es realizada (la distinción entre el texto y el significado del texto); sin embargo, la interpretación jurídica es distinta respecto de otros tipos de interpretación porque esta, en último término, se resuelve en una cuestión de «poderes»; específicamente, de poderes interpretativos a cargo de determinados in-

12 Guastini, Riccardo. "Interpretación y construcción jurídica". *Isonomía*, 43 (2015), pp. 11-48.
13 Guastini, Riccardo. *La sintaxis del derecho. Óp. cit.* pp. 355 ss.
14 *Vid.* Eco, Umberto. *Los límites de la interpretación*. Barcelona: Lumen, 1992, pp. 29 ss.

dividuos autorizados para tal efecto («los jueces»). En ninguna otra práctica de este tipo la interpretación autorizada –y, particularmente, en el caso de los tribunales de última instancia, la interpretación última y definitiva– de un texto consiste en un ejercicio de poderes o competencias. Por supuesto, no solo los jueces interpretan los textos jurídicos[15]. Y, sin embargo, la interpretación por ellos realizada es, por decirlo de alguna manera, especial. Ello, en el sentido de que sus interpretaciones «constituyen derecho»[16]; es decir, cuentan –de acuerdo con las reglas del sistema– como decisiones jurídicas: decisiones que crean efectos jurídicos (o, lo que es lo mismo, que "inciden sobre las obligaciones y los derechos de las partes"). Se trata, como ha insistido varias veces Celano, de un efecto de la *nomodinámica* del derecho[17]: del fenómeno de la autoridad, ineludible en el caso de cualquier sistema jurídico[18].

Este fenómeno redunda, en consecuencia, en la presencia de diferentes tipos de conflictos: por el «texto» y por el «significado del texto»; es decir, por el establecimiento de las disposiciones y de las normas de un determinado sistema jurídico. El derecho, como decía antes, a menudo se establece en circunstancias de conflicto. Estos conflictos pueden ser reconstruidos, en términos de la teoría de juegos, como juegos cooperativos y no-cooperativos. Lo explicaré a continuación.

## 3. Juegos cooperativos y no-cooperativos

### 3.1. Juegos cooperativos y legislación

El procedimiento legislativo tiene como objetivo la creación, modificación o extinción de textos jurídicos (o disposiciones). La discusión y el debate legislativos están orientados, justamente, al establecimiento de tales textos normativos, a su aprobación o desaprobación. Este es, por supuesto, un terreno fértil para que se den conflictos; por ejemplo, entre bancadas diversas de legisladores con idearios políticos, morales o de cualquier otro tipo, confrontados o tendencialmente incompatibles entre sí. Es fácil pensar en ciertos casos, como la despenalización del aborto, el reconocimiento de la eutanasia como un derecho de libertad, el matrimonio igualitario, la adopción igualitaria, el reconocimiento de determinados derechos sociales, entre otros, que pueden enfrentar –y que de hecho enfrentan– a distintos actores políticos y, en particular, a distintos parlamentarios, acerca del contenido que tendrán la constitución (si se trata de legisladores constituyentes) o las leyes (si se trata de legisladores ordinarios).

15 Tenemos, verbigracia, a la interpretación doctrinal (*Vid.* Riccardo Guastini. *Interpretare e argomentare. Óp. cit.*, pp. 75 ss.).

16 Vale decir, de paso, que no es lo mismo afirmar que la decisión de un juez «constituye derecho» (es decir, que vale como derecho de acuerdo a las reglas de un determinado sistema) que decir que «el derecho es lo que dicen los jueces» (tesis atribuida particularmente a los partidarios del realismo jurídico radical). *Vid., inter alia*, Riccardo Guastini. *Interpretare e argomentare. Óp. cit.*; Jordi Ferrer Beltrán. "El error judicial y los desacuerdos irrecusables en el derecho". *Acordes y desacuerdos. Cómo y por qué los juristas discrepan*. Pau Luque Sánchez & G.B. Ratti (eds.). Madrid: Marcial Pons, 2012.

17 El término «nomodinámica», como es de sobra conocido, viene de Kelsen: *vid., inter alia, Hans Kelsen. General Theory of Law and The State*. New Brunswick: Transaction Publishers, (1949) 2006.

18 Celano, Bruno. *Derecho, justicia, razones*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2009, pp. 23 ss.

En general, el «éxito» de un grupo u otro radica en la posibilidad de que estos puedan obtener una mayoría de un cierto tipo –de acuerdo con los diferentes casos– que se obtiene mediante el establecimiento de alianzas y coaliciones, en favor o en contra de la aprobación de un texto normativo o de un conjunto de estos (un cuerpo normativo). De esta manera, los distintos «jugadores» con intereses comunes procuran conformar coaliciones con el objetivo de alcanzar tales fines. Se trata, como ya decía antes, de «conflictos por el texto». Así pues, en estos conflictos –que podríamos llamar– *por* la constitución o *por* la legislación, distintas coaliciones de legisladores (constituyentes u ordinarios), plantean la inclusión, modificación o eliminación de ciertos textos normativos, de manera que estos pasen a formar parte de las disposiciones de un determinado ordenamiento. En otras palabras, en los términos de la teoría de juegos, se trata de *juegos cooperativos* en donde la obtención de un objetivo depende de la conformación de alianzas y coaliciones de jugadores que colaboran entre sí para que dicho objetivo sea realizado. Como se ve, en la teoría de juegos, el término «cooperativo» no indica *necesariamente* la ausencia de conflicto. A menudo, más bien, indica la presencia de un tipo específico de interrelación en donde para «ganar» el juego es necesaria la cooperación entre los diferentes jugadores. Se trata, por otro lado, de juegos «iterados»; esto es, casos de interacción (estratégica) entre jugadores que se repiten en el tiempo en un determinado escenario (*stage game*), como ocurre, en nuestro caso, con otros tantos textos legislativos a lo largo del tiempo.

Por supuesto, se puede pensar en ciertos cuerpos normativos (los reglamentos, por ejemplo) que son el producto, no de un órgano colegiado integrado por varios legisladores, sino del ejercicio de determinadas competencias normativas que no requieren del concurso de otras autoridades para su aprobación. Justamente, en el caso de los reglamentos generalmente se requiere de la sola voluntad del presidente de la República, expresada en tal o cual texto normativo. De allí que, en sentido amplio, no todos los actos de «legislación» puedan ser descritos como juegos cooperativos. Se habla de un juego cooperativo solo en aquellos casos en donde su resultado depende de la interacción de diversas coaliciones de jugadores, como ocurre en las asambleas constituyentes o en las legislaturas ordinarias en nuestros sistemas jurídicos modernos. De todos modos, nótese que –en nuestros ordenamientos jerarquizados– estos cuerpos normativos son inferiores a las leyes y a la constitución, de tal suerte que su validez formal o material está sujeta al contenido de estas. En último término, el resultado de los juegos cooperativos ya mencionados (el contenido de la constitución y las leyes) determina indirectamente el contenido de estos otros textos normativos[19].

19 Naturalmente, si nos referimos a su contenido, hablamos de su ámbito de validez material; si hablamos, en cambio, de su procedimiento de creación, nos referimos a su ámbito de validez formal (Vid. Riccardo Guastini. *La sintaxis del derecho. Óp. cit.*, pp. 222 ss.).

## 3.2. Juegos no-cooperativos e interpretación

Una vez que los textos normativos se encuentran en vigor, el conflicto suele trasladarse, en términos generales, del ámbito legislativo al ámbito de los jueces. Las partes procesales –a menudo enfrentadas entre ellas– plantean interpretaciones disímiles de los mismos textos normativos. Las mismas disposiciones, según el enfoque de estas partes, expresan normas antitéticas («conflicto por el significado»[20]). Al respecto, sostiene Celano:

> En la práctica del derecho, la interpretación es objeto de controversia y de argumentación. Los participantes presentan argumentos ("argumentos interpretativos") tendientes a acreditar la conclusión de que tal particular texto tiene tal particular significado. En otros términos, un rasgo peculiar (por supuesto, no exclusivo) del discurso jurídico es la propuesta y la defensa de hipótesis discordantes de interpretación de determinados textos, mediante la elaboración de inferencias que pretenden justificar la atribución de significados (en particular, normas) a significantes (en particular, disposiciones)[21].

Esto es del todo frecuente. Habitualmente, el conflicto entre las partes procesales se da porque sus «intereses interpretativos» son incompatibles. Los juristas desacuerdan acerca de lo que el derecho «dice», y sobre cuáles «son» los derechos de cada una de las partes. Vuelvo a Celano:

> [L]os juegos interpretativos de los operadores jurídicos no son juegos de coordinación, sino problemas de interacción estratégica no cooperativos [...] en los cuales los intereses interpretativos de los participantes se encuentran en conflicto[22].

Sin embargo, las partes procesales podrían no estar en desacuerdo acerca de la interpretación «correcta» de las disposiciones jurídicas. En otras palabras, la interpretación dirigida a los textos podría no resultar conflictiva, de modo que las partes podrían concordar acerca de las «normas vigentes» aplicables a su caso, pero estar en desacuerdo acerca de los *hechos* subsumibles en relación con tales normas («conflicto por la realidad procesal»). Es así como las partes procesales, en la lucha por el «significado» o por la «realidad procesal», poseen intereses interpretativos diversos o enfrentados que no pueden resolver por sí mismos, de manera que deben tomar sus decisiones de forma independiente respecto de las

20 Celano usa la expresión «lucha por el texto», que yo he usado para los juegos en donde está en disputa el establecimiento de una determinada disposición, no de una norma en el sentido ya explicado, de allí que, para este efecto haya preferido hablar de «lucha por el significado».

21 Traducción libre. Celano, Bruno. *Due problemi aperti della teoria dell'interpretazione giuridica*. Modena: Mucchi, 2017, p. 24. El original, en italiano, dice:

> Nella pratica del diritto, l'interpretazione è oggetto di controversia, e di argomentazione. I partecipanti adducono argomenti ("argomenti interpretativi") tendenti ad accreditare la conclusione che quel particolare testo abbia quel particolare significato. In altri termini, un tratto peculiare (beninteso, non esclusivo) del discorso giuridico è la proposta e la difesa di ipotesi discordanti di interpretazione di testi dati, mediante l'elaborazione di inferenze che pretendono di giustificare l'attribuzione di significati (in particolare, norme) a significanti (in particolare, disposizioni).

22 Traducción libre. *Ibíd*., p. 9. El original, en italiano, reza:

> i giochi interpretativi giocati dagli operatori giuridici non sono giochi di coordinazione, ma problemi di interazioni strategica non cooperativi [...] nel quali gli interessi interpretativi dei partecipanti sono in conflitto.

En otro sentido, vid. Chiassoni, Pierluigi. *Desencantos para abogados realistas*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2012, pp. 32 ss.

otras partes (los otros «jugadores»). Se trata, en los términos de la teoría de juegos, de *juegos no-cooperativos*[23].

Estos son –podríamos decirlo así– conflictos *en* la constitución o *en* la legislación (no conflictos *por*). Se trata de conflictos que no tienen como objetivo el establecimiento de textos normativos, sino el *significado* de estos (de acuerdo con intereses interpretativos enfrentados entre partes procesales); conflictos que, en todo caso, están sujetos a determinadas normas previamente establecidas acerca de las competencias judiciales y los procedimientos determinados para su resolución. En otras palabras, el contenido procedimental y de competencia que resulta de determinados juegos cooperativos (conflictos *por*) en donde estas «reglas *formales* del juego» se establecen es requisito para que estos otros conflictos (*en* la constitución y *en* la legislación) puedan darse.

## 3.3. Juegos cooperativos e interpretación

No sólo los juristas pueden estar en desacuerdo acerca de la interpretación «correcta» de los textos normativos, sino que también los jueces podrían encontrarse en esa misma posición, tal como suele ocurrir en los tribunales en donde las decisiones deben tomarse por mayoría[24]. Tenemos, en estos casos, votos de mayoría y votos salvados. El resultado del conflicto, por ello, depende de la obtención de una mayoría determinada. Estos conflictos interpretativos son *juegos cooperativos*. Ello, en el sentido de que los jueces deben obtener las adhesiones necesarias para que su decisión última (esto es, la decisión del caso) sea aquella que, conforme a las reglas del sistema, cuente como decisión jurídica. Los votos salvados, por muy bien argumentados que se encuentren, por muy convincentes que puedan resultar en una determinada comunidad interpretativa, no cuentan, en último término, como decisiones jurídicas, en el sentido de que no pueden producir efectos jurídicos vinculantes para las partes (o, en sus casos, que generen efectos *erga omnes*[25]).

La adscripción de significado a un texto jurídico es, a efectos del sistema, una cuestión de poderes interpretativos: del ejercicio de determinadas competencias establecidas por el sistema jurídico de referencia. En la práctica interpretativa importan, sin duda, los argumentos que se invocan, las razones que se esgrimen en favor o en contra de una determinada conclusión. Y, sin embargo, en último término la resolución de un «problema de justicia» ("¿qué exige la justicia en un caso X?"), tiene que ver con el ejercicio de determinadas competencias y con la práctica de ciertos procedimientos. El problema se produce porque los así lla-

23 De allí que las posibles alianzas o coaliciones se encuentren, en general, descartadas. En efecto, en este tipo de casos, las alianzas o los acuerdos entre las partes *no resuelven* en sentido estricto el conflicto, sino que lo disuelven, hacen que desaparezca. Más aún, esto es posible solo en ciertos casos «transables». Sobre esto hablaré más adelante.

24 Naturalmente, esto no se aplica a los casos en donde se tiene un único juez encargado de resolver una clase de casos.

25 Lo que dependerá, naturalmente, de las competencias del órgano y de los sistemas de control vigentes de que se trate (*Vid.* Eduardo García de Enterría. *La constitución como norma y el Tribunal Constitucional.* Madrid: Civitas, 1982).

mados «poderes de determinación»[26], por efecto de la transformación (aunque sea parcial, pero decisiva) que el derecho realiza de los problemas sustantivos en problemas procedimentales y de competencia, definen en último término –desde el punto de vista jurídico– lo que *cuenta como derecho*[27].

En otras palabras, es el ejercicio de estos poderes interpretativos el que determina el significado *jurídico* de un texto normativo. Podríamos convenir en que la decisión de los jueces ha sido «errada», en que la interpretación del derecho no ha sido «correcta», o en que la interpretación o valoración de los hechos ha sido asimismo «defectuosa»; pero esto no implicará que la decisión de estos no sea, de acuerdo con las reglas del sistema, jurídicamente vinculante[28]. Podríamos atacarla, apelar o presentar otros recursos sobre su contenido; y, aun así, eventualmente tendremos una decisión final, última, no sujeta a controles ulteriores. Este es un problema objetivo de los sistemas jurídicos, un efecto ineludible de la *nomodinámica* del derecho.

Piénsese que los tribunales de última instancia (uso el término en sentido amplio) generalmente están conformados por un número impar de jueces que deben decidir los casos de acuerdo con la regla de mayoría (en donde la decisión mayoritaria cuenta como decisión jurídica vinculante). Por ende, los conflictos interpretativos que allí puedan surgir se pueden caracterizar como *juegos cooperativos*. Es así como, en último término, en nuestros ordenamientos modernos determinados juegos cooperativos (en sede legislativa) dan paso a ciertos juegos no-cooperativos (entre las partes procesales) y, eventualmente, a otros juegos cooperativos (en sede jurisdiccional, allí donde la decisión judicial dependa de la obtención de una mayoría). Los juegos así mirados son conflictos jurídicos de diferentes tipos que *se presentan en* (y, antes aún, *por*) el derecho, pero que también lo *determinan* en cuanto a su contenido. Una teoría de los conflictos es un capítulo necesario de una teoría estructural o formal del derecho.

## 4. Conflictos legislativos y conflictos judiciales en cuanto a su resolución y argumentación

Ahora bien, los juegos cooperativos que pueden aparecer en sede legislativa, así como los juegos no-cooperativos y cooperativos que pueden aparecer en sede judicial varían, no solamente en cuanto a su estructura, sino también en cuanto a la forma de su resolución, a las competencias ejercidas en tal virtud y, en últi-

26 Celano, Burno. *Derecho, justicia, razones. Óp. cit.*, 2009, pp. 281 ss.

27 *Ibíd.*, pp. 23 ss.

28 Se puede pensar, en otro ámbito, en un ejemplo añoso usado entre los teóricos del derecho para explicar este fenómeno: el famoso gol de Maradona («la mano de dios»), en donde Maradona, en el partido entre Argentina e Inglaterra, realizó un gol con la mano que el árbitro dio como válido. Hay una norma del fútbol que señala que un gol con la mano no constituye un gol válido, pero, a su vez, existe otra que otorga una competencia al árbitro para decidir qué cuenta como un gol válido. Podemos decir que el árbitro (juez) se ha equivocado, al menos en la interpretación de los hechos; y, sin embargo, sabemos que el gol señalado subió en el marcador. (*Cfr.* José Juan Moreso. "La doctrina Julia Roberts y los desacuerdos irrecusables". *Los desacuerdos en el Derecho*. José Juan Moreso, Jordi Ferrer-Beltrán & Luis Prieto Sanchís (eds.). Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2010; y, Jordi Ferrer Beltrán. "El error judicial…". *Óp. cit.*, 2012).

mo término, también con relación a las herramientas discursivas que suelen ser usadas en cada caso.

### 4.1. La forma de resolución del conflicto y la competencia para resolverlo

Los conflictos *por* la constitución y *por* la legislación (juegos cooperativos) suelen resolverse mediante el sometimiento a votación de los textos propuestos para su aprobación, mientras que los conflictos *en* la constitución y *en* la legislación (juegos cooperativos o no-cooperativos, según el caso) suelen hacerlo mediante el sometimiento de la controversia a una autoridad judicial. En el primer caso, los propios legisladores tienen el poder de decidir, generalmente mediante la regla de mayoría, qué texto será incorporado o no en la constitución o en las leyes (que tal cosa ocurra o no depende de los acuerdos a los que lleguen o de la capacidad de las distintas bancadas o *coaliciones* para encontrar apoyo a sus propuestas). El contenido del texto depende, en último término, de la suma de sus voluntades: cada uno de los legisladores tiene una cuota –por decirlo de algún modo– del poder de legislar, entendido en términos de la competencia para emanar ciertas disposiciones con valor jurídico en un ordenamiento determinado. En el segundo caso, las partes procesales no pueden resolver por sí mismas el conflicto, pues su resolución está a cargo de una autoridad externa a ellas: el poder jurídico para decidir (la competencia) corresponde a alguien distinto de las partes procesales en conflicto. Los tribunales –al igual que los legisladores– tienen la potestad de resolver por sí mismos el problema a través de la regla de mayoría.

No obstante, hay algo que también acomuna a este tipo de conflictos. Y esto es que en todos los casos las diversas partes pueden estar en desacuerdo sobre el problema de fondo (los legisladores sobre los textos que serán aprobados, las partes procesales sobre el significado de esos textos, lo mismo que los jueces), pero deben estar de acuerdo, al menos en principio, sobre las reglas procedimentales que han de servir para la resolución del conflicto. Estas reglas de procedimiento –dice Raz– "permiten el acuerdo frente al desacuerdo"[29].

Los legisladores, por ejemplo, están sujetos a ciertos mecanismos de votación, a ciertos términos y plazos, a la aplicación de la regla de mayoría (simple, absoluta…), etc. Las partes procesales han de acudir a los órganos jurisdiccionales con competencia para resolver su caso, además de estar sujetas a ciertas reglas procedimentales. En muchos de los casos, la falta de estas formalidades autoriza a las partes a impugnar o recurrir una decisión determinada. Esto se produce, por supuesto, recurriendo a otras tantas reglas procedimentales aplicables a jueces o tribunales superiores con competencia para revisar las decisiones de los inferiores. No hay que

29 Raz, Joseph. *Entre la autoridad y la argumentación. Sobre la teoría del derecho y la razón práctica*. Madrid: Marcial Pons, 2013, p. 228.

dejar de mencionar, eso sí, que la determinación de estas reglas procedimentales –por ejemplo, en el caso de los textos legislativos que las instituyen– puede estar sujetas a controversia (verbigracia, acerca de qué reglas procedimentales son más adecuadas, o acerca de qué órganos deberían ostentar qué competencias). Además de que ciertos procedimientos o competencias también podrían estar sujetos a conflictos judiciales; es decir, a su determinación mediante poderes interpretativos. Se puede decir, en consecuencia, que en el caso de los que he llamado «conflictos *por*» están en juego ciertos *poderes normativos*; mientras que, en el caso de los que he llamado «conflictos *en*», están en juego ciertos *poderes interpretativos*[30].

## 4.2. En cuanto a las herramientas discursivas que son generalmente aplicadas para su resolución y sus consecuencias

Piénsese que la legislatura es, según una concepción estándar, el lugar de la *argumentación* y de la *negociación*[31]. Estos fenómenos se presentan paradigmáticamente en las asambleas constituyentes; pero no son ajenos, quizás en menor medida, a las asambleas ordinarias[32]. En el contexto de estas asambleas, el debate (el proceso deliberativo) se desenvuelve en modos diversos y a veces heterogéneos: de acuerdo con Elster, la apelación discursiva a razones, pasiones e intereses hace, en términos amplios, al debate legislativo (con mayor fuerza en aquel constituyente)[33].

El objetivo de las distintas coaliciones de legisladores –cuando no conforman ya una mayoría– es el de convencer a otros legisladores para que se sumen a sus propuestas. Por su parte, en el caso de los conflictos a los cuales se enfrentan las partes procesales en sede jurisdiccional, generalmente solo tiene lugar la *argumentación*, mientras que la negociación está, al menos en principio, excluida (aquellos casos «transables», en los que las partes logran ponerse de acuerdo, no pasan por la decisión autoritativa de los jueces, sino por la aplicación de la voluntad de

30 *Vid.* Celano, Bruno. *Due problemi aperti… Óp. cit.*, 2017, pp. 83 ss. Dice, también, Celano:

> Nel diritto, a differenza che nella comunicazione ordinaria, l'interpretazione è 'amministrata': vi sono poteri interpretativi – il diritto tende indefinitamente a trasformare ogni problema sostanziale di interpretazione ('Quale significato attribuire a questa espressione?') in un problema di carattere procedurale ('Chi, e come, è competente a decidere quale significato attribuire a questa espressione?'). Perché? Perché le decisioni di organi competenti, prese secondo la procedura appropriata, producono, di regola, effetti giuridici: fanno, dal punto di vista del diritto, differenza" (*Ibíd.*, pp. 91-92).

31 *Vid.*, en general, Elster, Jon. "Arguing and Bargaining in Two Constituent Assemblies". *Journal of Constitutional Law*, 2/2 (2000), pp. 345-421.

32 *Ibíd.*, 347. Dice Elster:

> Constituent assemblies are privileged… in that they often exhibit both arguing and bargaining in their most striking forms. Compared to other assemblies and committees, they differ both in their goal and in their setting. On the one hand, the matters that have to be decided are far removed from petty, self-interested, routine politics. Because the goal is to create a legal framework for the indefinite future, the requirement of impartial argument is very strong. Interest-group pluralism does not work when some of the parties are generations as yet unborn. The special setting works in the opposite direction. Constitutions are often written in times of crises that invite extraordinary and dramatic measures […] Hence, constituent assemblies are often more polarized than ordinary law-making bodies. They are not engaged in politics as usual, but oscillate between what Bruce Ackerman calls 'higher law-making' and sheer appeal to force".

33 *Ibíd. Cfr.*, además, Damele & Pallante, quienes reconducen la cuestión al *logos* (argumentación), al *ethos* (negociación) y al *pathos* (retórica) aristotélicos (Giovanni Damele & Francesco Pallante. "Argomentazione, negoziazione e persuasione nei processi costituenti". *RIFL* (2016), pp. 95-96.)

las partes[34]). Los legisladores están en capacidad de resolver el conflicto por sí mismos, las partes procesales solo excepcionalmente, y siempre que se trate de una materia «transable» (cosa que, por lo demás, también podría ser materia de discusión jurisdiccional). Los legisladores crean el derecho (si por derecho entendemos un conjunto de *disposiciones*), los jueces crean el derecho (si por derecho entendemos un conjunto de *normas*[35]), y aunque las partes procesales no tengan la capacidad jurídica de hacerlo, ellas pueden influir en el resultado final del conflicto a través de la argumentación (*rectius*, a través de distintos instrumentos argumentativos tendientes a la acreditación de una determinada conclusión interpretativa[36]). De esa manera, al menos indirectamente, pueden participar en la creación del derecho[37].

## 5. Conclusiones (provisionales)

Como había dicho ya, este puede ser considerado como un (modesto) capítulo de una teoría estructuralista del derecho; ello, en particular, porque los conflictos –como también señalé– se presentan *por* y *en* el derecho, pero también determinan su contenido. La teoría de los conflictos jurídicos es, entonces, un capítulo de la teoría general del derecho. En particular, la teoría de juegos constituye un aporte interesante en la medida en que nos permite distinguir y esquematizar, en términos formales, los distintos conflictos jurídicos que se presentan y que dan forma al derecho en nuestros ordenamientos modernos. Por otra parte, esta visión *conflictivista* del derecho puede ser también considerada como un posible instrumento de una teoría jurídica realista. Esto, en la medida en que ata el contenido del derecho (en general, aunque no exclusivamente) al resultado de determinadas interacciones conflictivas que pueden dar paso a distintos sistemas de normas (según los diferentes conflictos de que se trate, y según las interacciones efectivas de los distintos «jugadores»). Se trata, en tal sentido, de una serie de *hechos* cuya descripción (en términos formales) parece conducir a un modo realista de estudiar el derecho.

34 Al respecto, *vid*. nota 8.

35 *Vid.* Guastini, Riccardo. "Conoscere il diritto". *Quaderni di ricerca giuridica della Consulenza Legale*, 75 (2014), pp. 25-38.

36 *Vid.* al menos, Tarello, Giovanni. *L'interpretazione della legge*. Milano: Giuffrè, 1980; Riccardo Guastini. *Interpretare e argomentare. Óp. cit.*; y Pierluigi Chiassoni. *Técnicas de interpretación jurídica.* Breviario para juristas. Madrid: Marcial Pons, 2011.

37 Esta es, *mutatis mutandis*, una vieja idea de Hans Kelsen. (Kelsen, Hans. *La teoria generale del diritto e il materialismo storico.* Roma: Istituto della Enciclopedia italiana, (1931) 1979.)

# Las virtudes de los *dispute boards* y su aplicación en Ecuador

**David Eduardo Proaño Alcívar**
Universidad San Francisco de Quito USFQ, estudiante del Colegio de Jurisprudencia, Campus Cumbayá, Casilla Postal 17-1200-841, Quito 170901, Ecuador.
Correo electrónico: david.proano.alcivar@estud.usfq.edu.ec

**Marco Mateo Guevara Ruales**
Universidad San Francisco de Quito USFQ, estudiante del Colegio de Jurisprudencia, Campus Cumbayá, Casilla Postal 17-1200-841, Quito 170901, Ecuador.
Correo electrónico: mguevarar@estud.usfq.edu.ec

Recibido / Received: 26/02/2019
Aceptado / Accepted: 26/03/2019
DOI: 10.18272/lr.v6i1.1372

## Resumen

Una forma novedosa de abordar los conflictos es los *dispute boards*. Estos, constituyen un mecanismo que trata al conflicto de manera integral, ya que trabaja con él desde su etapa más temprana hasta el momento más álgido de una relación, logrando resolver los problemas antes de llegar a una etapa contenciosa. Los *dispute boards* gozan de muchas ventajas frente a otros mecanismos como el arbitraje o la instancia judicial, por lo que fueron utilizados en una ocasión en Ecuador: en la hidroeléctrica Coca-Codo Sinclair, caso en que se evidencia la utilidad relativa de la institución mencionada.

## Palabras clave

métodos alternativos de solución de controversias; *dispute boards*; prevención; conflicto; Coca-Codo Sinclair

# *The virtues of dispute boards and their application in Ecuador*

## Abstract

*Dispute boards are a novel way of dealing with conflicts. It is a mechanism that deals with the conflict in an integral way, since it works with it from its earliest stage to the most critical moment of a relationship, managing to solve problems before reaching a contentious stage. The dispute boards enjoy many advantages over other mechanisms such as arbitration or court, which is why they have been used on one occasion in Ecuador: at the Coca-Codo Sinclair hydroelectric plant, in which case a relative utility of the institution is evidenced.*

## Keywords

*alternative methods of dispute solution; dispute boards; prevention; conflict; Coca-Codo Sinclair*

## 1. Introducción

Al conflicto se lo ha entendido de forma limitada, reduciendo su comprensión y manejo a la aplicación del derecho. Sin embargo, es importante comprender que este fenómeno tiene otras dimensiones y elementos que no se resuelven en una instancia jurisdiccional, puesto que esta no siempre complace las necesidades de las personas. Por lo antes dicho, se han creado otros medios para abordar el conflicto, entre los que destacan los mecanismos alternativos de solución de conflictos (en adelante MASC), medios distintos a la jurisdicción estatal para zanjar las controversias.

El objeto de estudio del presente artículo es trabajar sobre las características muy particulares de un mecanismo que constituye una suerte de comité, para la supervisión de la ejecución de un contrato, al que se ha denominado *dispute board* (en adelante DB). Los DB constituyen un cambio en la aproximación del conflicto, ya que trabajan con mayor cercanía a las partes y al negocio en cuestión, pudiendo prevenir las controversias y ser el foro para resolverlas[1]. El presente trabajo tiene por objetivo profundizar en este peculiar MASC, presentar un caso práctico en Ecuador y, sobre todo, las ventajas que puede tener este novedoso mecanismo, evidenciando la necesidad del reconocimiento de esta institución.

## 2. El conflicto

Es necesario entender la materia sobre la cual trabajan los MASC, esto es, el conflicto. Según el libro *Social Conflict: Escalation, Stalemate and Settlement* de los profesores Rubin, Pruit y Kim, el conflicto se define como "una convergencia de aspiraciones simultáneamente incompatibles"[2]. En esta definición, es posible distinguir dos elementos: (i) la convergencia de aspiraciones o intereses que aparecen en un mismo momento; y, (ii) la incompatibilidad o la imposibilidad de suplir las necesidades óptimamente de forma conjunta.

La forma como se trate este fenómeno tendrá repercusiones en la relación que tengan las partes, tanto en un ámbito contractual como interpersonal. Por ese motivo, surgen mecanismos alternativos de solución de controversias que abordan los conflictos desde perspectivas más completas, tomando en consideración el origen de los problemas en las relaciones de las personas[3].

1 *Cfr.* Gould, Nicholas; Fenwick, Elliott. "An overview of the CIArb Dispute Board Rules". *Construction Law Contracts and Disputes* (2015), p. 2.

2 Pruitt, Dean; Rubin, Jeffrey; y Kim, Sung Hee. *Social Conflict: Escalation, Stalemate, and Settlement*. Nueva York: McGraw Hill, 1995, p. 5.

3 *Cfr.* Entelman, Remo. "El conflicto: dilema para abogados". *La Ley: Resolución de Conflictos Suplemento* (1997), p. 8.

## 3. Los métodos alternativos de solución de conflictos

Los MASC son formas diferentes a la justicia ordinaria de poner fin a las controversias. La importancia de los MASC es su capacidad de solucionar los problemas de una forma más ágil, eficiente y económica, otorgando el protagonismo a las mismas partes. Además, abordan el conflicto de manera más profunda e integral. Incluso, ayudan al cultivo de la paz por parte de los propios afectados[4.]

Su importancia ha quedado plasmada en la legislación ecuatoriana. El artículo 190 de la Constitución de la República, reconoce el "arbitraje, la mediación y otros medios alternativos para la solución de conflictos"[5]; una cláusula abierta que permite utilizar un sinnúmero de métodos como son los DB. Con respecto a las leyes infraconstitucionales, los MASC son promovidos en diferentes materias. Por ejemplo: en conflictos con respecto a la contratación[6] y funciones de los servidores públicos[7], en cualquier control o problema de la economía popular y solidaria[8], como solución en tema de deportes y cualquier otra actividad física[9,] como primera opción de solución de controversias en algunos distritos metropolitanos[10] e incluso se los reconoce como parte de la función judicial y como un servicio público a la comunidad[11].

## 4. Los *dispute boards*

Uno de estos mecanismos alternativos son los DB. Según Sam Luttrell, miembro del Instituto de Árbitros Australiano, los DB son una "instancia de revisión de los conflictos que llegan a surgir entre las partes contratantes"[12]. Es una institución con una naturaleza distinta a cualquier otro MASC[13], la cual ha sido creada para que los que la integran den sus opiniones como expertos en la materia objeto del contrato ante cualquier inconveniente. Además, trata los conflictos que surjan en la ejecución del negocio[14]. Estas observaciones o resoluciones versan en la mayor parte de casos en cuestiones técnicas más que legales[15].

En ese sentido, la Cámara de Comercio Internacional (en adelante CCI), determina tres funciones principales de los DB. En primer lugar, una vez percibido

4 *Cfr*. Leles da Silva, Mariella. *Métodos alternativos de resolución de conflictos*. Montevideo: Universidad de la República de Uruguay, 2014, p. 18
5 Constitución de la República del Ecuador. Artículo 190. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.
6 Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación. Artículo 104. Registro Oficial No. 395 Suplemento de 4 agosto de 2008.
7 Ley Orgánica del Servicio Público. Artículo 51. J. Registro Oficial No. 294 Suplemento de 6 de octubre de 2010.
8 Ley Orgánica de Economía Popular y Solidaria. Disposición primera. Registro Oficial No. 444 de 10 de mayo de 2011.
9 Ley del Deporte, Educación Física y Recreación. Artículo 162. Registro Oficial No. 255 Suplemento de 10 de agosto de 2010.
10 Código Municipal para el Distrito Metropolitano de Quito. Artículo Inumerado Segundo del Capítulo XIV del cuerpo legal. Registro Oficial No. 226 de 31 de diciembre de 1997.
11 Código Orgánico de la Función Judicial. Artículo 17. Registro Oficial No. 544 Suplemento de 9 de marzo de 2009.
12 Traducción libre. Luttrell, Sam. *An Introduction to Dispute Boards.* Sidney: Chartered Institute of Arbitrators, 2014, p. 1.
13 *Cfr*. McMillan, Daniel D. y Rubin, Robert A. "Dispute review boards: key issues, recent case law, and standard agreements". *Construction Lawyer*, Vol. 25, No. 2 (2005), p. 14.
14 *Cfr*. Gould, Nicholas. *The New CIArb Dispute Board Rules*. Londres: Fenwick Elliott, 2015, p. 6.
15 *Cfr*. McMillan, Daniel D; y Rubin, Robert A. "Dispute review boards…". *Óp. cit.*, p. 20.

un potencial conflicto, los DB alertan a las partes y les motivan a encontrar una solución por su cuenta, sin ulterior intervención. Si esto no da resultado o si la controversia escala, el DB puede asistir de manera informal a las partes para que estas lleguen a un acuerdo que ponga fin a la controversia. Finalmente, y en caso de que las partes no hayan llegado a un acuerdo, el DB puede zanjar la disputa mediante la emisión de una recomendación o decisión[16], dependiendo el caso.

El carácter de obligatoriedad de estas decisiones dependerá enteramente de las partes. Es posible pactar que las decisiones sean de carácter obligatorio para las partes del contrato[17]. Así, en el caso de incumplir con la recomendación, se le daría el mismo tratamiento que a un incumplimiento contractual[18], equivalente a inobservar el contracto principal. También, las partes podrían pactar un régimen en el cual las decisiones del DB no sean vinculantes, sino solo opiniones de expertos que las partes podrán ignorar[19].

Los DB están generalmente compuestos por tres miembros[20]. Cada parte escoge a uno y entre los dos eligen al tercero quien suele ser el que preside el comité[21]. El número de integrantes puede variar según la dimensión del negocio que se trate[22]. Los tres integrantes actúan de manera imparcial e independiente. Además, deben contar con un nivel de conocimiento técnico adecuado para revisar y comprender el negocio en cuestión, lo que implica que no es necesaria la profesión de abogado para formar parte de un DB[23].

Asimismo, esta experticia va de la mano con la necesidad de los integrantes de mantenerse informados en todo momento del estado de la ejecución del contrato[24]. Los miembros del DB deben asegurarse de entender integralmente el contrato, aunque las partes no les provean todo lo necesario[25]. Se requerirá que realicen revisiones y visitas constantes para verificar el cumplimiento y funcionamiento del negocio[26].

16 *Cfr*. Cámara de Comercio Internacional. *Dispute Boards Rules*. París: Cámara de Comercio Internacional, 2015.
17 *Cfr*. FIDIC Condition of Contract for works of civil engineers construction. (1987), cláusula 67.; Cfr. Jones, Doug. "Dispute Boards: The Australian Experience - Part 1". *Construction Law International*, Vol. 7, No. 2 (2012), p. 13.
18 *Cfr*. Lenz, Claus H. "Dispute Boards: Scope, Tasks and Authority". *Construction Law International*, No. 2 (2007), p. 15.
19 *Cfr*. McMillan, Daniel D. y Rubin, Robert A. "Dispute review boards…". *Óp. cit.*, p. 16; Cfr. Bovarnick Mastin, Deborah. "Government construction headaches: dispute review boards to the rescue". *Public Lawyer*, Vol. 23, No. 2 (2015), p. 7.
20 *Cfr*. Gould, Nicholas y Fenwick, Elliott. "An Overview of the CIArb …". *Óp. cit.*, p. 10.
21 *Cfr*. McMillan, Daniel D y Rubin, Robert A. "Dispute review boards…". *Óp. cit.*, p. 14.
22 *Cfr*. Jones, Doug. "Dispute Boards: The Australian Experience…". *Óp. cit.*, p. 11.
23 *Cfr*. Gould, Nicholas y Fenwick, Elliott. "An Overview of the CIArb …". *Óp. cit.*, p. 11.
24 *Cfr*. Hernández García, Roberto. *Dispute boards en Latinoamérica: Experiencias y retos.* Lima: Estudio Mario Castillo Freyre, 2014, p. 30; Cfr. Chapman, Peter. "The Use of Dispute Boards on Major Infrastructure". *The Turkish Commercial Law Review*, Vol. 1, Issue 3 (2015), p. 227.
25 *Cfr*. Figueroa Valdés, Juan. *Los dispute boards o paneles técnicos de los contratos internacionales de construcción*. Santiago: The Civil Law Perspectiva, 2007, p. 8.
26 *Ibíd*.

## 4.1. Cambio en el paradigma del manejo del conflicto

Los DB se diferencian de los demás métodos alternativos por la forma en la que permiten el manejo del conflicto. Los DB, además de ayudar a la resolución de controversias, previenen la aparición de problemas entre las partes de un contrato[27], puesto que están constantemente revisando el cumplimiento y funcionamiento del negocio[28]. De esta manera, podrán hacer recomendaciones acertadas y dar una respuesta temprana a los conflictos, impidiendo mayores altercados tanto para el negocio como para las partes[29].

## 4.2. Tipos de *dispute boards*

Se puede distinguir tres tipos de DB según la obligatoriedad de sus resoluciones. En primer lugar, los *dispute review boards* son DB que revisan las cuestiones en disputa y emiten resoluciones no obligatorias, también denominadas recomendaciones interinas, las cuales están dirigidas a las partes, quienes decidirán seguir o no la recomendación[30]. En segundo lugar, los *dispute adjudication boards* revisan los asuntos en disputa y emiten resoluciones vinculantes que las partes deben acatar[31]. Finalmente, el *combined dispute board* (en adelante CDB), que es una suerte de DB híbrido que se encarga de revisar la disputa y emitir, en primera instancia, una recomendación no vinculante para las partes y, en caso de que alguna de las partes lo solicite y la otra no se oponga, el CDB tiene la facultad de hacer que su recomendación se torne vinculante[32].

Cabe mencionar que el protagonismo de las partes es fundamental y estas pueden generar un sinfín de variaciones del DB[33]. Estas alteraciones pueden ser relativas a los requisitos para ser parte del DB, al marco temporal para la emisión de recomendaciones o resoluciones, a los principios aplicables y al efecto de las recomendaciones o resoluciones que emitan los DB[34].

## 5. *Dispute boards* en Ecuador

Nuestra legislación no reconoce explícitamente a los DB, lo que puede generar reticencia de utilizar esta institución en Ecuador, tanto en el sector público como en el privado, lo que puede deberse a varios factores como: (i) al poco uso que

27 *Cfr*. Figueroa, Dante. "Dispute boards for infrastructure projects in Latin America: A new kid on the block". *Dispute Resolution International*, Vol. 11, No. 2 (2017), p. 154.
28 *Cfr*. Dueñas, Darío. *Los dispute boards: ¿Un mecanismo alternativo verdaderamente ventajoso para el Perú? A propósito de la ley 30225.* Arequipa: Universidad Católica San Pablo, 2015, p. 10.
29 *Cfr*. Escobar Muñoz, Andrea Karina. *Dispute boards como mecanismo alternativo de solución de controversias contractuales en obras de infraestructura*. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, 2014. p. 47.; Figueroa Valdés, Juan. LosdDispute boards o paneles técnicos… *Óp. cit.*, p. 9.
30 *Cfr*. Gould, Nicholas y Fenwick, Elliott. "An overview of the CIArb…". *Óp. cit.*, p. 3.
31 *Cfr*. Figueroa, Dante. "Dispute boards for Infrastructure…". *Óp. cit.*, p. 156
32 *Cfr*. Gould, Nicholas; Lockwood, Christina; y King, Claire. *Dispute Boards Rules*. Londres: King's College London, 2013, p. 7
33 *Cfr*. Lenz, Claus H. "Dispute Boards: Scope, Tasks and Authority". *Óp. cit.*, p. 14.
34 *Cfr.* Figueroa Valdés, Juan. *Los dispute boards o paneles... Óp. cit.*, p. 10.

se le ha dado en Ecuador; (ii) el tiempo de existencia de esta figura; y, (iii) a lo novedoso o extraño que resulta este mecanismo. Sin embargo, sí existió un caso en que se usó los DB en Ecuador, el caso Coca-Codo Sinclair, del que se hablará a continuación.

## 5.1. Caso Coca-Codo Sinclair

En Ecuador, se creó un DB el 9 de octubre de 2009 con el Contrato para el Desarrollo de Ingeniería[35] entre la compañía pública hidroeléctrica Coca-Codo Sinclair S.A. y la empresa extranjera Synohidro S.A. Esta empresa daría sus servicios para la construcción de la represa hidroeléctrica ubicada en la Amazonía ecuatoriana, brindando servicios de ingeniería conceptual básica y detallada. En este contrato se incorporó una cláusula para la creación de la Junta Combinada de Disputas (en adelante JCD) o DB para prevenir y resolver de forma ágil[36] las controversias que surgieran a lo largo del tiempo.

Todo comenzó en el momento en que Coca-Codo Sinclair S.A. publicó una citación internacional buscando ayuda técnica y experimentada, además de fondos para la elaboración de uno de los proyectos emblemáticos del país. Esta convocatoria la respondió Exibank de China, quien contribuyó con el financiamiento y puso a Sinohydro como especialista en el tema[37]. Dada la magnitud del capital que se requiere y los problemas que se pueden producir por la complejidad de la obra, se necesitaba de un mecanismo para resolver los conflictos que surgieran entre las dos empresas lo antes posible. Por esta razón, en el artículo 30 del contrato[38] se incluyó tres formas de resolver los conflictos de forma escalonada: (i) la negociación; (ii) la junta combinada de disputas, lo que atañe a este artículo; y, (iii) el arbitraje en la CCI[39]. El contrato regula las dinámicas que se debe seguir.

En caso de controversias, el procedimiento comienza con la negociación, dando diez días para poder llegar a un acuerdo[40], plazo que es completamente prorrogable[41]. Caso contrario, se procedería a convocar a la JCD para que, en un lapso no mayor a cuarenta y cinco días, investigue el problema en concreto, convoque a las partes para que expongan sus argumentos y analice las pruebas para dar recomendaciones a las partes[42]. El cumplimiento de estas decisiones en este contrato fue facultativo[43]. Si alguna de las partes incumplía o no estaba de acuerdo con la resolución del JCD, el tema litigioso se resolvería por medio

35 *Cfr.* Contrato para el Desarrollo de Ingeniería Compañía Hidroeléctrica Coca-Codo Sinclair S.A. "COCASINCLAIR". SYNOHIDRO Cía. Notaría Segunda, 2009, p. 1.

36 *Id.* Art. 30.3

37 *Cfr.* El Universo. "Contrato de proyecto Coca-Codo Sinclair se firmará esta semana". *El Universo*, 5 de septiembre de 2009, pár. 2.

38 *Cfr. Contrato* para el Desarrollo de Ingeniería Compañía Hidroeléctrica Coca-Codo Sinclair S.A. *Eiusdem*, artículo 30.

39 *Cfr.* Escobar Muñoz, Andrea Karina. *Dispute boards como mecanismo alternativo... Óp. cit.*, p.55.

40 *Cfr. Contrato* para el Desarrollo de Ingeniería Compañía Hidroeléctrica Coca-Codo Sinclair S.A. *Eiusdem*, artículo. 30.2.

41 *Eiusdem*, art. 30.3.5

42 *Eiusdem*, art. 30.3.1.

43 *Eiusdem*, art. 30.3.6.

de arbitraje en la CCI[44]. Cabe recalcar que el conflicto nunca escaló a tal grado para zanjar una controversia.

## 5.2. La Junta Combinada de Disputas o JCD

La JCD fue el órgano colegiado encargado de vigilar el cumplimiento del contrato, facultado para encontrar posibles problemas, emitir comunicados a las partes y, si la etapa de negociación fallaba, ser el foro en donde se resolvieran las controversias. Para su conformación, cada parte escogió a uno de los tres representantes. Los dos miembros eligieron al tercer integrante que es el presidente o *Chairman* de la junta, aquel que dirigiría el proceso en las audiencias, lideraría las visitas, etcétera[45]. Los elegidos debían cumplir con requisitos puntuales establecidos por las partes, los cuales eran: (i) ser personas de alta preparación; (ii) imparciales y sin relación con las dos empresas; (iii) hablar español; (iv) disposición de tiempo; y, (v) ser de nacionalidades distintas a la de las partes, para garantizar su imparcialidad[46]. A continuación, se expondrá su funcionamiento y cómo operó en la realidad.

### 5.2.1. Competencias

Como atribuciones, se les otorgó las de realizar visitas a la presa al menos tres veces al año con el fin de mantenerse informados, manejar las disputas no resueltas en la fase de negociación, convocar reuniones de trabajo para resolver las controversias, determinar el idioma en que se va a proceder, emitir medidas para garantizar la confidencialidad y, por último, emitir recomendaciones una vez que se haya escuchado a las partes[47]. Cabe mencionar que las opiniones podían ser emitidas a título personal o como cuerpo colegiado.

Ya en la práctica, se mantuvo el idioma español, se hicieron las tres visitas anuales y tuvieron reuniones de trabajo ordinarias y extraordinarias. Se convocó a una audiencia en 2013, en que se dieron cinco dictámenes, no existieron problemas de confidencialidad ni se emitieron opiniones a título personal[48].

Es importante mencionar que las personas encargadas de ir a las reuniones o audiencias convocadas por la JCD fueron los gerentes de las respectivas empresas. En ningún momento se requirió de la comparecencia del Procurador General del Estado, ya que este "no es un asunto de su jurisdicción o que obligue a la voluntad del Estado, sino que es un simple negocio efectuado por una empresa pública y otra privada"[49].

44 *Eiusdem*, art. 30.8.6
45 *Cfr*. CCI. *Dispute Boards Rules. Óp. cit.*, p. 7.
46 *Cfr*. Contrato para el Desarrollo de Ingeniería Compañía Hidroeléctrica Coca-Codo Sinclair S.A. *Eiusdem*, Artículo. 30.3.2.
47 *Cfr*. CCI. *Dispute Boards Rules. Óp. cit.*, 2015.
48 *Cfr*. Araujo, Alberto. "Una junta analizará seis reclamos de Sinohydro en Coca-Codo Sinclair". *El Comercio*. s/f, pár. 10.
49 Procuraduría General del Estado. Oficio No. 13626. 20 de julio de 2013.

### 5.2.2. Proceso de solución de disputas

Una vez que se hubiera agotado la posibilidad de negociar, una o ambas partes, podrían presentar una solicitud ante la JCD. Una vez recibido el reclamo, la JCD se dispondría a conocer el problema. Nunca podría comenzar sin que ambas partes hayan dado sus opiniones por escrito[50], lo que tenía un plazo de quince días desde el reclamo, con posibilidad de prórroga[51].

Conocido el inconveniente, la JCD convocaría reuniones para establecer la fecha de la primera audiencia y pedir información adicional a las partes[52]. Llegado el día señalado, se instauraría la audiencia para que expusieran sus argumentos y la ausencia de una de las partes se tomaría como un acto de mala fe. Al final, se daría un dictamen por medio de recomendaciones[53]. Sin embargo, no se estableció sanción alguna por incumplimiento más allá de daños y perjuicios, los cuales se determinarían, posteriormente, en arbitraje. La opinión emitida por la JCD podía ser aceptada de forma expresa o tácita[54]. Todo este proceso duraría cuarenta y cinco días, con posibilidad de ser prorrogado[55].

En el caso en concreto, la última vez que se convocó a audiencia fue el 31 de marzo del 2013[56] sobre temas laborales, técnicos y la posibilidad de postergar la entrega. Se emitieron cinco directrices, las cuales fueron: (i) optimizar el campamento de trabajadores; (ii) incorporación de un sistema de potabilización; (iii) chequeos médicos periódicos con un nutricionista; (iv) mejorar el sistema de remuneraciones, horas extras y el pago de las plantillas retrasadas; y, (v) que se aplazara la entrega de la obra para inicios de 2017 debido a problemas en la construcción, crecidas irregulares del río e insuficiente personal[57]. Esta audiencia previno muchos problemas futuros entre los trabajadores y los empleadores que pudieron paralizar por completo la obra.

Sin embargo, no todo es color de rosas en la ejecución de este contrato ya que los problemas y las irregularidades que rodean esta obra se han ido manifestando a lo largo de los años y, principalmente, en sus etapas finales. En estas etapas se evidencia un sobreprecio de la construcción[58], retrasos operativos[59], accidentes[60] y desfases en la entrega[61]; problemas que la JCD no pudo evitar.

50 *Cfr.* CCI. *Dispute Boards Rules. Óp. cit.*, p. 18.
51 *Cfr.* Contrato para el Desarrollo de Ingeniería Compañía Hidroeléctrica Coca-Codo Sinclair S.A. *Eiusdem*, artículo. 30.3.
52 *Cfr.* CCI. *Dispute Boards Rules. Óp. cit.*, p. 12.
53 *Cfr.* Contrato para el Desarrollo de Ingeniería Compañía Hidroeléctrica Coca-Codo Sinclair S.A. *Eiusdem*, artículo. 30.3.
54 *Eiusdem*, art. 30.3.6
55 *Eiusdem*, art. 30.3.1
56 *Cfr.* Araujo, Alberto. "Una junta analizará seis reclamos…". *Óp. cit.*, pár. 13.
57 *Ibíd.*
58 *Cfr.* El Comercio. "Perjuicio por USD 112, millones en Coca-Codo". *El Comercio*. 19 de mayo de 2017, pár. 8.
59 *Cfr.* Aranjo, Alberto. "Synohidro continuará un año monitoreando el Coca-Codo". *El Comercio*. 14 de abril de 2016, pár 2.
60 *Cfr.* Maisanche, Fabián. "Trabajos en el Coca-Codo Sinclair se reanudan". *El Comercio*. 16 de diciembre de 2014, pár. 3.
61 *Cfr.* Aranjo, Alberto. "Cuatro hidroeléctricas empezarán a generar energía entre febrero y abril". *El Comercio*. 10 de enero de 2016, pár. 8.

El caso Coca-Codo Sinclair es un pionero en el tema de los DB en Ecuador, por lo que, en cierta medida, fue de utilidad en la obra. Se resolvieron algunos problemas laborales, técnicos y contractuales, lo que ha prevenido muchos otros más, sin perjuicio de los fallos que ha tenido la hidroeléctrica. En fin, es un mecanismo innovador en Ecuador que requiere tiempo y muchos otros casos para que llegue a perfeccionarse. Es posible que en los siguientes años se llegue a mejorar la aplicación, o se la deje en desuso.

## 6. Ventajas

Ahora bien, para que un MASC sea implementado es necesario que este goce de algún distintivo, algo que sea beneficioso para las partes que lo utilizan. En el caso de los DB, su atractivo radica principalmente en: (i) celeridad; (ii) inmediatez; (iii) continuidad de la ejecución del contrato; (iv); revisión de la ejecución; (v) confidencialidad; (vi) experticia; (vii) bajos costos; y, la mejor carta de presentación; (viii) una excelente experiencia en la práctica.

### 6.1. Celeridad

Constituyen un mecanismo rápido para resolver los conflictos que se presentan entre las partes, debido a que sus miembros tienen la posibilidad de conocer la obra en su totalidad, familiarizarse con su ejecución, avance, reprogramaciones, etc. de forma expedita[62]. Este procedimiento permite dar una ágil respuesta a diferentes situaciones que se puedan presentar entre las partes. Como se expuso en el caso de Coca-Codo, el proceso entero dura un lapso de cuarenta y cinco días, tiempo ínfimo si se compara con el que se requiere para un proceso arbitral o judicial.

### 6.2. Inmediatez

Asimismo, la inmediatez o cercanía de los DB es muy importante para tener una respuesta rápida y dar legitimidad a las decisiones tomadas, puesto que los miembros pueden conocer casi por completo cualquier problemática que surja en la obra[63]. Esto supone una ventaja frente a cualquier otra forma de zanjar controversias; los jueces, árbitros o mediadores conocen únicamente lo que las partes someten a su conocimiento, desconociendo del negocio en la realidad.

### 6.3. Continuidad de la ejecución

Una característica y función muy importante de los DB es que permiten la continuidad de la ejecución contractual. Aun cuando el DB esté conociendo una disputa, las partes están obligadas a continuar cumpliendo las obligaciones que han

62 *Cfr*. Peñate Guzmán, Carlos "Las mesas de resolución de disputas como mecanismo que viabiliza la continuidad en los proyectos de construcción: la experiencia en El Salvador". *Dispute Boards en Latinoamérica: Experiencias y retos*. Vol. 23 (2014), p. 90.

63 *Cfr.* Gould, Nicholas; Lockwood, Christina y King, Claire. *Dispute Boards Rules*. Óp. cit., p. 34.

adquirido[64]. Las reuniones o audiencias que convoque el DB tienen efectos no suspensivos sobre el contrato. Esto resulta verdaderamente útil ya que evidencia que se trata de un mecanismo de solución de conflictos que pretende hacer efectiva la ejecución de lo pactado más allá de las controversias que puedan surgir[65].

## 6.4. Verificación de cumplimiento

En el mismo sentido, los DB constituyen una suerte de verificación del cumplimiento de las obligaciones contractuales[66]. Pese a que ya haya existido una controversia resuelta en el foro de este MASC, el DB sigue manteniendo sus obligaciones, verificando que el actuar de las partes se adecue a lo pactado, con lo cual se evita el surgimiento de controversias y excusas para un incumplimiento. Esto constituye una diferencia sustancial con otros MASC, dado que mecanismos como el arbitraje y la mediación se agotan con la emisión de la decisión o acuerdo, pero no verifican la efectividad de su decisión.

## 6.5. Confidencialidad

Uno de los grandes beneficios de los DB es su confidencialidad. Los conflictos se resuelven ante el conocimiento exclusivo de las partes involucradas[67]. Todo registro de las visitas, reuniones o audiencias realizadas por el DB será de conocimiento exclusivo de los interesados del negocio, al menos, al tratarse de un contrato entre privados. Esto supone una ventaja frente a los procesos judiciales, ya que todas las audiencias, en el ámbito judicial, son públicas, salvo aquellas que la ley determine como reservadas.

## 6.6. Experticia en la obra que se va a realizar

Otra ventaja que tienen los DB sobre otros MASC es la experticia de aquellos que lo conforman[68]. Generalmente, los mediadores, árbitros y jueces son profesionales del Derecho y suelen ignorar tecnicismos propios de otras ramas del saber. En cambio, la regla general en los DB es que los miembros que lo conforman sean ingenieros, arquitectos, entre otros; personas que conocen los detalles de la ejecución del contrato, más que las cuestiones legales. Esto otorga a los expertos una mayor compresión del objeto de la materia del negocio.

64 *Cfr.* Chapman, Peter. "The use of dispute boards on major infrastructure". *Óp. cit.*, p. 229.
65 *Cfr.* Peñate Guzmán, Carlos "Las mesas de resolución de disputas...". *Óp. cit.*, p. 92.
66 *Ibíd.*
67 *Cfr.* Gould, Nicholas; Lockwood, Christina y King, Claire. *Dispute Boards Rules. Óp. cit.*, p. 12.
68 *Id.*, p. 93

## 6.7. Bajos costos

A primera vista, un DB representa un gasto para las compañías que lo utilicen. La realidad es que el costo es ínfimo en comparación a la cuantía del negocio y al precio que puede suponer un proceso arbitral o judicial[69]. Los costos pueden variar dependiendo de la obra, lo que puede oscilar entre los USD 100 000 a los USD 200 000 en total[70], lo que, generalmente, en proyectos de construcción significa el 0,1 % o 0,2 % de la cuantía del contrato. Tal vez parezca un porcentaje muy significativo; sin embargo, estos números son alcanzados apenas después de años de operación del DB[71].

## 6.8. La experiencia del uso de los DB

Por último, la mejor carta de presentación que tienen los DB es su eficacia en los casos en que se han utilizado[72]. Desde sus inicios en la industria de construcción[73], los DB han logrado impedir que las controversias lleguen a instancias arbitrales y judiciales a niveles impresionantes. Un estudio de la Universidad de Washington que analizó veinte DB en Estados Unidos, concluyó que solo cuatro de ellos llegaron a presentar un reclamo ante el DB y ninguno escaló tanto como para ir a arbitraje[74].

En una investigación realizada por Doug Jones, en la cual se analizaron 1434 DB, se registraron 1860 quejas ante este órgano, que logró resolver exitosamente 1718 de estos requerimientos. Además, solo cincuenta y dos de estos problemas llegaron a arbitraje[75], lo que supone un número realmente bajo. En otro estudio, realizado por The American Society of Civil Engineers, se analizaron 166 proyectos, en los cuales los DB resolvieron 208 de 225 controversias que aparecieron a lo largo de la ejecución de las obras[76]. Todo lo antes mencionado es clara muestra de lo beneficiosa que puede resultar la implementación de los DB en los contratos, teniendo ventajas claras que no es posible conseguir todas en otro MASC.

---

69 *Cfr*. Chapman, Peter. "The Use of Dispute Boards on Major Infrastructure" *Óp. cit.,* p. 228; McDavid, Janet L. "Using alternative dispute resolution in antitrust cases". *Antitrust*, Vol. 4, No. 2, (1990), pp. 25-26.

70 *Cfr*. Bovarnick Mastin, Deborah. "Government construction headaches...". *Óp. cit.*, p. 6.

71 *Cfr*. Jones, Doug. "Dispute Boards: The Australian Experience…". *Óp. cit.*, p. 14.

72 Como dato anecdótico, en la construcción del Miami International Airport North Terminal existió un DB que logró impedir que se llegue a arbitraje y, además, esta obra ganó el galardón *Gold Award from the Construction Owners Association of America*, por una ejemplar administración del contrato, lo que es testimonio viviente de lo versátil de los DB. (Cfr. Bovarnick Mastin, Deborah. "Government construction headaches…". *Óp. cit.*, p. 6.)

73 El caso más antiguo registrado en este ensayo es la construcción del túnel Eisenhower en Estados Unidos en los años 1975 a 1979. *Cfr.* Bovarnick Mastin, Deborah. "Government construction headaches…". (*Óp. cit.*, p. 3; Jones, Doug. "Dispute boards: The Australian experience…". *Óp. cit.*, p. 9.)

74 *Cfr*. Bovarnick Mastin, Deborah. "Government construction headaches...". *Óp. cit.*, p. 4.

75 *Cfr.* Jones, Doug. "Dispute boards: The Australian experience…". *Óp. cit.*, pp. 11-15.

76 *Cfr*. Grove, Jesse; y Appuhn, Richard. "Comparative experience with dispute boards in the United States and Abroad". *Construction Lawyer*, Vol. 32, No. 3 (2012), p. 8.

## 7. Conclusión

Los DB son métodos alternativos a la justicia ordinaria para resolver los conflictos. Sin embargo, no se limitan a solucionar controversias, sino que la grandeza de este método es su capacidad de prevenirlo o tratarlos en sus etapas iniciales para que no lleguen a escalar y convertirse en serios problemas. En Ecuador, se produjo un caso pionero en el tema: la construcción de la represa Coca-Codo Sinclair. Esto se debe a las estipulaciones que agregaron los representantes de Exibank y Sinohydro en el contrato, lo que ayudó a su continuidad, produciendo un cumplimiento considerable.

Claro está que los DB tienen mucho que afrontar en su funcionamiento. A su vez, están llenos de ventajas que les dan un atractivo para aquellos que quieran emprender un gran negocio, gozan de celeridad, inmediatez, continuidad de la ejecución del contrato, revisión de la ejecución, confidencialidad, bajos costos, entre otras. Además, la práctica evidencia lo útil y eficientes que han resultado, al evitar y resolver la mayor parte de problemas que han surgido en varios contratos.

Por lo expuesto, su uso debe ir en aumento en la República del Ecuador. Para esto, se puede optar por una regulación legal o simplemente que se establezca de forma contractual sobre la base de las reglas de la CCI, tal como se realizó en el caso de Coca-Codo Sinclair. Por ello, es fundamental la publicación y enseñanza de esta novedosa figura; con el fin de que no se tenga dudas de su aplicabilidad dentro del país, tanto para las grandes obras del sector público como para los negocios entre privados.

Es posible que se dé un escenario en que se lo use de forma masiva, en casi todo contrato de tracto sucesivo, como también puede que llegue a entrar en decadencia o desuso. Solo con el pasar del tiempo se podrá observar la evolución y aplicación de este mecanismo tan novedoso y versátil del manejo del conflicto en relaciones contractuales.




Conozca
**nuestros servicios**

Escanee este código con la cámara de su celular





www.pbplaw.com

Pérez Bustamante & Ponce (PBP)

@pbplaw

**Quito**
Av. República de El Salvador N36-140
Edificio Mansión Blanca
PBX: 02 400 7800
+593 2 382 7640 al 48

**Guayaquil**
Av. Francisco de Orellana.
Edificio Las Cámaras,
Torre B, oficina 904.
+593 4 370 7960

# ¿Es el Código Orgánico del Ambiente el nuevo *driver* contra la conservación de la biodiversidad?

**Mónica Ribadeneira Sarmiento**
Investigadora independiente
Quito, Ecuador.
Correo electrónico: mribadeneira@hotmail.com; mribadeneira@gmail.com

Recibido / Received: 12/03/2019
Aceptado / Accepted: 26/03/2019
DOI: 10.18272/lr.v6i1.1404

## Resumen
El Código Orgánico del Ambiente fue promulgado en 2017 y debía entrar en vigencia un año después. Este artículo reseña las principales deficiencias técnicas de dicho cuerpo legal relacionadas con la conservación de la biodiversidad, los temas forestales, los manglares, las cuencas hidrográficas y la reparación de daños ambientales.
En este artículo se explica cómo estas deficiencias, lejos de colaborar con la conservación de la biodiversidad nacional, debilitan la estructura institucional y complejizan el manejo de los recursos de la diversidad biológica, constituyéndose el instrumento legal en un *driver* contra la conservación de la biodiversidad nacional.

## Palabras clave
Derecho Ambiental; Derecho Constitucional; Código Orgánico del Ambiente; conservación de la diversidad biológica; forestal; manglares; cuencas hidrográficas; reparación daño ambiental

## *Is the Ecuadorian Organic Code of the Environment the new driver against the conservation of biodiversity?*

## Abstract
*The Ecuadorian Environmental Organic Code was promulgated in 2017 and had to enter into force a year later. This article outlines the main technical deficiencies of the code in the areas of biodiversity conservation, forest issues, mangroves, watersheds, and restoration of environmental damage.*
*The article presents how these deficiencies far from supporting the conservation of the national biodiversity, weaken the institutional structure and makes more complex the conservation of biodiversity; this confirms the legal instrument as a driver against the biological diversity conservation.*

## Keywords
*Environmental law; Constitutional Law; Environmental Organic Code; conservation of biological diversit;, forestry; mangroves; watershed; environmental damage repair*

## 1. Introducción

Tras una revisión del Código Orgánico del Ambiente (en adelante COA) después de su promulgación en 2017, se alertó a la Coordinadora Ecuatoriana de Organizaciones para la Defensa de la Naturaleza y Ambiente (en adelante Cedenma) sobre varias de las deficiencias técnicas y potenciales problemas en su texto. Este fue el motivo para iniciar un proceso de análisis legal tendiente a la presentación de acciones en sede constitucional contra el cuerpo legal que lograra, de un lado, visibilizar las deficiencias de este instrumento legal y de otro, propiciar que la Corte Constitucional pudiera subsanarlas[1].

Con este fin, convocó a varios abogados ambientales e instituciones interesadas, y asumió las tareas de secretaría de lo que se denominó "grupo de trabajo COA".

Este grupo trabajó desde febrero de 2017 hasta mayo de 2018 cuando presentó dos acciones de inconstitucionalidad ante la Corte Constitucional, una el día 5 y la segunda el día 13 de junio de 2018. La primera acción acusó la inconstitucionalidad de: (i) la regresividad de las normas sobre actividades permitidas en los manglares[2]; (ii) la posibilidad de establecimiento de monocultivos[3]; (iii) la limitación al derecho de participación ciudadana en materia ambiental[4]; y, (iv) la imposibilidad de imposición de sanción administrativa en caso de captura de productos forestales y maderables[5]. La segunda acción se planteó contra las normas que atentan contra los derechos de los pueblos indígenas en general y contra los pueblos en aislamiento voluntario en particular; el análisis completo sobre la segunda acción de inconstitucionalidad es materia de otra investigación[6].

Las deficiencias, incongruencias, vacíos y errores en el texto del COA que se evidenciaron durante su análisis son el objeto de este artículo.

---

1 Rueda de prensa de Cedenma y otros en la presentación de la primera acción de inconstitucionalidad contra el COA el día 5 de junio de 2018. Disponible en: https://www.facebook.com/CEDerechosHUmanos/videos/1688490821233527/. Fecha de la descarga: 25 de noviembre de 2018

2 "Art. 104.- Actividades permitidas en el ecosistema de manglar. Las actividades permitidas en el ecosistema de manglar, a partir de la vigencia de esta ley, serán las siguientes:

7. Otras actividades productivas o de infraestructura pública que cuenten con autorización expresa de la Autoridad Ambiental Nacional y que ofrezcan programas de reforestación." (COA. Artículo 104. Registro Oficial No. 983 Suplemento de 12 de abril de 2017)

3 "Art. 121.- Monocultivos. Se podrán establecer monocultivos en las plantaciones forestales realizadas en áreas degradadas o en proceso de desertificación determinadas en el plan de ordenamiento territorial". (*Eiusdem*. Artículo 121.)

4 "Art. 184.- De la participación ciudadana. La Autoridad Ambiental Competente deberá informar a la población que podría ser afectada de manera directa sobre la posible realización de proyectos, obras o actividades, así como de los posibles impactos socioambientales esperados y la pertinencia de las acciones a tomar. La finalidad de la participación de la población será la recolección de sus opiniones y observaciones para incorporarlas en los Estudios Ambientales, siempre que ellas sean técnica y económicamente viables.

Si del referido proceso de consulta resulta una oposición mayoritaria de la población respectiva, la decisión de ejecutar o no el proyecto será adoptada por resolución debidamente motivada de la Autoridad Ambiental Competente.

En los mecanismos de participación social se contará con facilitadores ambientales, los cuales serán evaluados, calificados y registrados en el Sistema Único de Información Ambiental." (*Eiusdem*. Artículo 184.)

5 "Art. 320.- Sanciones administrativas.- Son sanciones administrativas las siguientes: 2. Decomiso de las especies de vida silvestre, nativas, exóticas o invasoras, herramientas, equipos, medios de transporte y demás instrumentos utilizados para cometer la infracción". (*Eiusdem*. Artículo 320.)

6 Ribadeneira Sarmiento, Mónica. *La defensa ambiental y de los derechos humanos de los pueblos en aislamiento voluntario en sede constitucional, un ejemplo*. 2018. Presentado; actualmente en proceso de revisión.

## 2. El Código Orgánico del Ambiente

El COA fue promulgado en 2017, concretamente se publicó en el Suplemento al Registro Oficial No. 983 del 12 de abril de ese año, pero, en vista de una disposición transitoria que establece una *vacatio legis* de un año[7], se esperaba que su implementación sucediera en febrero 2018.

El proceso de reglamentación, cronograma incluido, que el Ministerio del Ambiente (en adelante MAE) había estimado no se cumplió, y hasta el momento de escribir este artículo[8] no se cuenta con un reglamento de aplicación general y peor con reglamentos para materias específicas. Amén de la gravedad de contar con un cuerpo legal sin instrumentos de aplicación, el COA es en sí mismo un *driver*[9] en contra de la conservación de la diversidad biológica[10] nacional, tal como concluye esta investigación.

El código comienza con cincuenta y nueve considerandos y está organizado en ocho libros, uno preliminar, otro dedicado al régimen institucional, el siguiente al patrimonio natural (el más extenso de todos) que precede a los libros dedicado a la calidad ambiental, al cambio climático y a la zona marino costera para concluir con los libros dedicados a los incentivos ambientales y a la reparación integral de daños ambientales y régimen sancionador. Contiene dos disposiciones generales, catorce transitorias, siete derogatorias y una final[11], a más de un glosario de cincuenta y dos términos[12].

### 2.1. Principales deficiencias temáticas del COA

Debido a la limitación de la extensión de este artículo, no es posible hacer un recuento exhaustivo de este cuerpo legal que permita presentar todas sus deficiencias.

En vista de que Ecuador es uno de los países con mayor riqueza de diversidad biológica en el planeta que incluye desde bosques húmedos a nublados y secos, incluyendo manglares y páramos, además de cientos de lagunas, formaciones coralinas y ecosistemas únicos como los de Galápagos, y junto a esta riqueza, tam-

7 "Disposición Final Única.- El Código Orgánico del Ambiente entrará en vigencia luego de transcurridos doce meses, contados a partir de su publicación en el Registro Oficial". (COA. *Eiusdem*. Disposición final única.)

8 Febrero de 2019.

9 Del original en inglés, driver en su acepción "impulso o causante"; en las publicaciones técnicas en castellano se emplea de igual manera y con igual significado.

10 "Artículo 2. Términos utilizados. A los efectos del presente convenio: […]
Por «diversidad biológica» se entiende la variabilidad de organismos vivos de cualquier fuente, incluidos, entre otras cosas, los ecosistemas terrestres y marinos y otros ecosistemas acuáticos y los complejos ecológicos de los que forman parte; comprende la diversidad dentro de cada especie, entre las especies y de los ecosistemas. (Convenio sobre la Diversidad Biológica. Registro Oficial No. 109 de 18 de enero de 1993 y Registro Oficial No. 146 de 16 de marzo de 1993).

11 El contenido de las disposiciones del COA puede ser consultado en el Anexo No. 1 del presente artículo. COA. Eiusdem. Disposiciones generales, transitorias y final única.

12 COA. *Eiusdem*. Glosario de Términos

bién posee una extraordinaria diversidad étnica y cultural[13], se seleccionó como materias principales a: (i) conservación de la diversidad biológica, (ii) materia forestal, (iii) manglares, (iv) cuencas hidrográficas, y (v) reparación de daños ambientales.

A continuación, se presenta las deficiencias del COA en cada una de estas materias.

### 2.1.1. Conservación de la diversidad biológica

La conservación de la diversidad biológica o biodiversidad se puede hacer en el entorno o hábitats naturales, caso en que se denomina conservación *in situ*[14] y en condiciones especiales o fuera de su entorno natural, situación que se denomina conservación *ex situ*[15].

El mecanismo más efectivo e importante de la conservación *in situ* es el establecimiento de áreas naturales protegidas que, en la Constitución ecuatoriana, fue denominado Sistema Nacional de Áreas Naturales Protegidas (en adelante SNAP)[16]. Este sistema engloba cuatro subsistemas: (i) estatal, (ii) autónomo descentralizado, (iii) comunitario y (iv) privado. En relación con el primero de estos subsistemas, el estatal, también llamado Patrimonio de Áreas Naturales Protegidas[17] (en adelante PANE), las categorías que determina el COA son: (i) parque nacional, (ii) refugio de vida silvestre, (iii) reserva de producción de fauna, (iv) área de recreación, y (v) reserva marina.

Las áreas del PANE, y aún del SNAP comparten, en mayor o menor grado, una problemática caracterizada por: (i) asentamientos humanos y propiedad privada en su interior, que no están integradas al manejo del área; (ii) obras de infraes-

13 Ecuador se encuentra en la privilegiada lista de las 17 naciones megadiversas en el mundo, es decir los países con mayor riqueza de animales, plantas y microorganismos en el planeta; y si miramos esta misma clasificación desde un análisis por unidad de superficie, resulta ser el primero. Junto a esta riqueza, Ecuador posee una extraordinaria diversidad étnica y cultural.
En Ecuador, esta característica se debe principalmente a la combinación de: (i) gradiente altitudinal creada por la cordillera de los Andes, que provoca la existencia de un sin número de ambientes y especies; (ii) ubicación del país en la zona tropical; y, (iii) existencia de corrientes cálidas y frías que bañan nuestras costas. (Estrella J., Manosalvas R., Mariaca J. y Ribadeneira Sarmiento M. *Biodiversidad y recursos genéticos: una guía para su uso y acceso en el Ecuador*. Quito: Ecociencia, Iniap, MAE y Abya-Yala, 2005.)

14 Artículo 2. Términos utilizados. A los efectos del presente convenio: […]
Por «condiciones *in situ*» se entienden las condiciones en que existen recursos genéticos dentro de ecosistemas y hábitats naturales y, en el caso de las especies domesticadas o cultivadas, en los entornos en que hayan desarrollado sus propiedades específicas. Convenio sobre la Diversidad Biológica. (*Eiusdem*. Artículo 2.)

15 Artículo 2. Términos utilizados. A los efectos del presente convenio: […]
Por «conservación *ex situ*» se entiende la conservación de componentes de la diversidad biológica fuera de sus hábitats naturales". *Eiusdem*.

16 Título VII: Régimen del Buen Vivir. Capítulo II: Biodiversidad y recursos naturales. Sección III: Patrimonio natural y ecosistemas
Art. 405.- El sistema nacional de áreas protegidas garantizará la conservación de la biodiversidad y el mantenimiento de las funciones ecológicas. El sistema se integrará por los subsistemas estatal, autónomo descentralizado, comunitario y privado, y su rectoría y regulación será ejercida por el Estado. El Estado asignará los recursos económicos necesarios para la sostenibilidad financiera del sistema, y fomentará la participación de las comunidades, pueblos y nacionalidades que han habitado ancestralmente las áreas protegidas en su administración y gestión.
Las personas naturales o jurídicas extranjeras no podrán adquirir a ningún título tierras o concesiones en las áreas de seguridad nacional ni en áreas protegidas, de acuerdo con la ley. (Constitución. Constitución de la República del Ecuador. Artículo 405. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.)

17 Establecido de conformidad con la Ley Forestal, de Áreas Protegidas y de Vida Silvestre del año 1981, derogada por el COA.

tructura que provocan graves impactos ambientales que amenazan su integridad; (iii) limitaciones de carácter técnico como falta de personal profesional y técnico especializado, al igual que procesos de capacitación y formación sostenidos dirigidos al personal de guardaparques y estudiosos; y, (iv) deficiencias económicas y administrativas que limitan la capacidad para su gestión y manejo[18]. Aunque la falta de marco legal adecuado no es la causa directa de esta problemática, no puede desconocerse que su falta incide en ella. Por ello, era de esperarse que el COA atendiera esta variopinta problemática, pero no sucedió así.

El COA no define ninguna de las categorías de área protegida; lo cual no solo constituye una seria deficiencia sino también un riesgo técnico y legal, ya que las definiciones no serán conceptos legales sino meramente reglamentarios, cuya seguridad jurídica dependerá de acto normativo reglamentario, no legal. En este aspecto es necesario reiterar que el COA, al no establecer un objeto jurídico de protección ni su sistema de determinación, pone en riesgo los bienes y servicios de la biodiversidad y los somete a inseguridad jurídica y arbitrariedad administrativa. Las segunda y tercera deficiencia del COA en materia de áreas protegidas se encuentran al hacer una lectura que enfrente los artículos 5[19] y37[20], y a ambos con el 407[21] de la Constitución.

Como puede verse, el artículo 5 numeral 3 consagra la intangibilidad del SNAP, pero el artículo 37 último inciso establece la posibilidad de redelimitar o reclasificar entre categorías de manejo. Aunque, en primera instancia, la redeli-

18 Ribadeneira Sarmiento, Mónica. *Documento Conceptual sobre el Anteproyecto de Ley Especial para la conservación y Uso Sustentable de la Biodiversidad del Ecuador.* CLD, Cedenma, Ecociencia, Fundación Natura y MAE. 2001. Inédito.

19 "Art. 5.- Derecho de la población a vivir en un ambiente sano. El derecho a vivir en un ambiente sano y ecológicamente equilibrado comprende: […]
3. La intangibilidad del Sistema Nacional de Áreas Protegidas, en los términos establecidos en la Constitución y la ley". (COA. *Eiusdem*. Artículo 5.)

20 Art. 37.- Del Sistema Nacional de Áreas Protegidas. El Sistema Nacional de Áreas Protegidas estará integrado por los subsistemas estatal, autónomo descentralizado, comunitario y privado. Su declaratoria, categorización, recategorización, regulación y administración deberán garantizar la conservación, manejo y uso sostenible de la biodiversidad, así como la conectividad funcional de los ecosistemas terrestres, insulares, marinos, marino-costeros y los derechos de la naturaleza.
Las áreas protegidas serán espacios prioritarios de conservación y desarrollo sostenible. Los Gobiernos Autónomos Descentralizados deberán incorporar las áreas protegidas a sus herramientas de ordenamiento territorial.
En las áreas protegidas se deberán establecer limitaciones de uso y goce a las propiedades existentes en ellas y a otros derechos reales que sean necesarias para asegurar el cumplimiento de sus objetivos de conservación. El Estado evaluará, en cada caso, la necesidad de imponer otras limitaciones.
Se prohíbe el fraccionamiento de la declaratoria de áreas protegidas.
Sin perjuicio de lo anterior, los posesionarios regulares o propietarios de tierras dentro de un área protegida, que lo sean desde antes de la declaratoria de la misma, mantendrán su derecho a enajenar, fraccionar y transmitir por sucesión estos derechos sobre estas tierras. Con respecto del fraccionamiento de tierras comunitarias se observarán las restricciones constitucionales.
El Estado asignará los recursos económicos necesarios para la sostenibilidad financiera del Sistema Nacional de Áreas Protegidas. Se podrán gestionar estrategias y fuentes complementarias.
La Autoridad Ambiental Nacional realizará evaluaciones técnicas periódicas con el fin de verificar que las áreas protegidas cumplan con los objetivos reconocidos para las mismas. De ser necesario y considerando los resultados de dichas evaluaciones técnicas, la Autoridad Ambiental Nacional podrá redelimitarlas o cambiarlas de categoría bajo las consideraciones técnicas, según corresponda. (*Eiusdem*. Artículo 37.)

21 "Título VII: Régimen del Buen Vivir. Capítulo Segundo: Biodiversidad y Recursos Naturales. Sección Tercera: Patrimonio Natural y Ecosistemas.
Art. 407.- Se prohíbe la actividad extractiva de recursos no renovables en las áreas protegidas y en zonas declaradas como intangibles, incluida la explotación forestal. Excepcionalmente dichos recursos se podrán explotar a petición fundamentada de la Presidencia de la República y previa declaratoria de interés nacional por parte de la Asamblea Nacional, que, de estimarlo conveniente, podrá convocar a consulta popular". Constitución de la República del Ecuador. (*Eiusdem*. Artículo 407.)

mitación o reclasificación puede ser técnicamente posible y hasta recomendable, cabe preguntarse cómo será ello posible sin alterar la intangibilidad que establece como principio el COA. Ningún principio o elemento del texto de este instrumento legal permite adelantar una respuesta a esta interrogante.

Si a este enfrentamiento de dos artículos de este código se le contrapone el artículo 407 de la Constitución, con el que se supone debe guardarse lógica en razón de la jerarquía de instrumentos legales se puede fácilmente arribar al temor fundado de que la redelimitación o reclasificación sea solamente un instrumento "eficiente" para aplicar la discrecionalidad de la Presidencia de la República y su potestad de declarar áreas de interés nacional en cualquier área del PANE, del SNAP y aún de las zonas intangibles declaradas a favor de pueblos indígenas y en aislamiento voluntario.

Esto último no solo es posible sino altamente probable ya que los artículos 53[22] y 54[23] del COA contribuyen y refuerzan la remisión a la norma constitucional, que debilita las posibilidades de conservación. La historia ecuatoriana cuenta con suficientes y lamentables casos que evidencian que los intereses económicos y políticos han prevalecido frente a los intereses de la conservación ambiental.

En relación con la redelimitación o reclasificación, cabe mencionar que todas las vigentes áreas y categorías de manejo del actual PANE[24] deben pasar por un proceso de reclasificación, tema al que se refiere la Disposición Transitoria Sexta[25] sin que exista ninguna norma orientadora como no sea la de la intangibilidad del citado artículo 5 numeral 3 que motiva los anotados interrogante y temor.

---

22 "Art. 53.- De las obras, proyectos o actividades dentro del Sistema Nacional de Áreas Protegidas. La Autoridad Ambiental Nacional autorizará obras, proyectos o actividades dentro del Sistema Nacional de Áreas Protegidas de manera excepcional, siempre que se cumplan las condiciones de no afectar la funcionalidad del área protegida, estar de acuerdo al plan de manejo y zonificación del área protegida y no contrariar las prohibiciones y restricciones previstas en la Constitución y en este Código". (COA. *Eiusdem*. Artículo 53.)

23 "Art. 54.- De la prohibición de actividades extractivas en áreas protegidas y zonas intangibles. Se prohíben las actividades extractivas de recursos no renovables dentro del Sistema Nacional de Áreas Protegidas y en zonas declaradas como intangibles, incluida la explotación forestal, salvo la excepción prevista en la Constitución, en cuyo caso se aplicarán las disposiciones pertinentes de este Código". (*Eiusdem*. Artículo 54.)

24 Actualmente, el PANE se conforma de cincuenta áreas clasificadas en ocho categorías: (i) once parques nacionales, (ii) tres reservas marinas, (iii) nueve reservas ecológicas, (iv) cinco reservas biológicas, (v) cinco reservas de producción de fauna, (vi) una reserva geobotánica, (vii) diez refugios de vida silvestre, y (viii) seis áreas naturales de recreación. Hay seis áreas restantes que pertenecen a las subcategorías de áreas privada y comunitarias. Ministerio del Ambiente. http://areasprotegidas.ambiente.gob.ec/es/info-snap. (acceso 23/02/2019).

25 "Disposición Transitoria Sexta.- La Autoridad Ambiental Nacional realizará la evaluación del estado de conservación de la biodiversidad, cobertura, uso de suelo, amenazas, entre otros, de las áreas que conforman el Sistema Nacional de Áreas Protegidas y Patrimonio Forestal Nacional.
La evaluación de las áreas protegidas se realizará dentro del plazo de 4 años a partir de la publicación de este Código en el Registro Oficial y servirá para delimitarlas o cambiarlas de categoría, según corresponda, con el fin de que cumplan los objetivos establecidos en el Libro II de este Código.
En el caso del Patrimonio Forestal Nacional, la Autoridad Ambiental Nacional, en coordinación con la Autoridad Nacional de Agricultura, Ganadería, Acuacultura y Pesca, en el marco de sus competencias, dentro del plazo establecido anteriormente, realizará una actualización del estado de estos espacios naturales, lo que servirá para la definición de estrategias de conservación, manejo y uso sostenible, restauración, modificación de sus límites o la eliminación de la categoría de Patrimonio Forestal Nacional, según corresponda". (COA. *Eiusdem*. Disposición transitoria sexta.)

Debido a la extensión de este trabajo de investigación es imposible profundizar en los problemas de la tenencia de la tierra en las áreas del SNAP y en las disposiciones que el COA contiene a este respecto. Este y otros temas serán analizados en otra investigación.

Las incompatibilidades de este instrumento legal con los derechos humanos de los pueblos no contactados y que motivaron una acción constitucional de protección son materia de otra investigación como se adelantó al inicio de este artículo.

### 2.1.2. Materia forestal

En materia forestal, se encuentran varios errores y deficiencias en el COA. En los apartados a continuación se presenta el análisis de aquellos relativos a la falta de lógica y de técnica, dispersión de autoridades y una específica relacionada a los monocultivos.

#### 2.1.2.1. Falta de lógica

El artículo noventa y tres, que trata sobre la gestión del patrimonio forestal, contiene una afirmación falta de lógica porque sostiene que la degradación[26] de suelos es ilegal[27]. La degradación es un proceso de reducción, limitación y alteración de las funciones naturales que no es una actividad directa; es resultado y consecuencia de actividades ilegales y desatinadas como los monocultivos (promovidos por el artículo 121[28]), uso abusivo de pesticidas y otras actividades.

#### 2.1.2.2. Dispersión de autoridades y competencias

Una de las lamentables características del marco legal ambiental en Ecuador es la superposición de competencias entre instituciones estatales, debido a la promulgación de leyes sin el debido análisis y de la vigencia de ciertas instituciones y procedimientos no necesariamente integrados ni articulados de modo eficiente entre sí. Este ha sido el escenario institucional en que siempre se ha desenvuelto el MAE[29].

26 "Degradación (*Degradation*).- Proceso de reducción o rompimiento de una estructura en piezas más simples. En Ecología de Paisajes describe la reducción de la complejidad en los ecosistemas debido a alteraciones que limitan la función y alteran la forma original". (Sarmiento, Fausto. *Diccionario de Ecología*. Quito: Abya Yala, 2000.)

27 "Art. 93.- Gestión del Patrimonio Forestal de la República. La gestión del Patrimonio Forestal Nacional se ejecutará en el marco de las siguientes disposiciones fundamentales: […]
6. Manejo forestal sostenible. El Régimen Forestal Nacional promoverá el manejo forestal sostenible como estrategia para garantizar el uso racional del bosque nativo excluyendo actividades ilegales como la extracción, degradación y deforestación". (COA. *Eiusdem*. Artículo 93.)

28 Para profundizar este tema ver el apartado 2.1.2.3. de este artículo.

29 Entre los cuales se puede citar:
la adscripción al MAE del Instituto Ecuatoriano Forestal y de Áreas Naturales y Vida Silvestre (Inefan), Fondo para el Ecodesarrollo Amazónico, Comisión Asesora Ambienta (CAAM), y la Comisión Ecuatoriana de Energía Atómica, que se realizó mediante Decreto No. 290, publicado en el Suplemento al Registro Oficial No. 64 de 8 de noviembre de 1996; y,
la fusión del Inefan, publicada en el Registro Oficial No. 118 de enero 28 de 1999, Decreto Ejecutivo No. 505.
Además, en enero de 2000 fue unificado con otra cartera de Estado, como prueba de lo susceptible que es el régimen institucional en materia ambiental a las presiones políticas y económicas que siguieron a la caída del presidente Jamil Mahuad.

En contra de la lógica, el COA no capitaliza las lecciones aprendidas ni la experiencia y su artículo 97 le otorga el manejo forestal al Ministerio de Agricultura[30].

Otro error en esta misma materia consta en el artículo 93 numeral 4 que se refiere al rol de la Policía y de las Fuerzas Armadas a quienes pone a orden de las autoridades ambientales para respaldo de sus acciones, pero solamente en cuanto a la gestión forestal[31].

Cabe una observación sobre este numeral y se relaciona con la exclusividad de este rol, solo aplicable para la gestión del patrimonio forestal, no para la custodia de todos los bienes y servicios de la diversidad biológica y de la vida silvestre, no para apoyar las decisiones de la autoridad ambiental en el manejo de los recursos, sino solo para la gestión forestal. Esa exclusión no es inocente, resulta de una agenda cuyos efectos aún no se han podido apreciar.

En vista de que el precepto constitucional sobre las competencias de la Policía y de las Fuerzas Armadas que se refiere a "atender la seguridad ciudadana y el orden público, y proteger el libre ejercicio de los derechos y la seguridad de las personas dentro del territorio nacional"[32] sería lógico que las fuerzas del orden apoyen la seguridad y ejecución de las medidas de la autoridad ambiental que así lo requieran.

### 2.1.2.3. Medida peligrosa y contraria a la conservación y manejo del patrimonio forestal

El COA, en su glosario, no contiene una definición de "monocultivos"; sin embargo, el artículo 121 se titula así y determina que los monocultivos se convertirían en opción en lugar de iniciar recuperación o reforestación[33].

30 "Art. 97.- Autoridad Nacional de Agricultura. La Autoridad Nacional de Agricultura ejercerá la regulación, planificación, promoción, fomento y gestión de plantaciones forestales y sistemas agroforestales de producción y con fines comerciales". (*Eiusdem*. Artículo 97.)

31 "Artículo 93.- Gestión del Patrimonio Forestal Nacional.- La gestión del Patrimonio Forestal Nacional se ejecutará en el marco de las siguientes disposiciones fundamentales: […]
4. Obligaciones de la Policía Nacional o de las Fuerzas Armadas. La Policía Nacional y las Fuerzas Armadas tendrán la obligación de participar en el control del Patrimonio Forestal Nacional y prestar auxilio cada vez que lo solicite la Autoridad Ambiental Nacional y las autoridades que ejercen competencia en la gestión forestal. Siempre que la intervención se sujete a los límites establecidos en la Constitución y las leyes, la resolución de la autoridad causará estado de actuación en derecho de las fuerzas intervinientes y sus actos se considerarán como ejercicio regular de sus atribuciones". (*Eiusdem*. Artículo 93.)

32 "Título IV: Participación y Organización del Poder. Capítulo tercero: Función Ejecutiva. Sección tercera: Fuerzas Armadas y Policía Nacional
Art. 163.- La Policía Nacional es una institución estatal de carácter civil, armada, técnica, jerarquizada, disciplinada, profesional y altamente especializada, cuya misión es atender la seguridad ciudadana y el orden público, y proteger el libre ejercicio de los derechos y la seguridad de las personas dentro del territorio nacional.
Los miembros de la Policía Nacional tendrán una formación basada en derechos humanos, investigación especializada, prevención, control y prevención del delito y utilización de medios de disuasión y conciliación como alternativas al uso de la fuerza.
Para el desarrollo de sus tareas la Policía Nacional coordinará sus funciones con los diferentes niveles de gobiernos autónomos descentralizados". (Constitución de la República del Ecuador. *Eiusdem*. Artículo 163.)

33 "Reforestación (*Reforestation*).- Acto de volver a sembrar árboles, para formar de nuevo una vegetación como la derrumbada o deforestada, con el fin de hacer conservación del suelo, atenuar las manifestaciones climáticas y el secuestro de carbono". (Sarmiento, Fausto. *Óp. cit.*)

> Art. 121.- Monocultivos. Se podrán establecer monocultivos en las plantaciones forestales realizadas en áreas degradadas o en proceso de desertificación determinado en el plan de ordenamiento forestal.

Un monocultivo nunca es una alternativa a la pérdida de valores naturales. El monocultivo es el sistema de un solo cultivo en la misma tierra y año tras año, se define como la "situación de explotación agrícola, que empobrece los elementos del suelo, al tener persistencia en la selectividad mineral de plantas por la repetitividad continuada de la misma especie de planta cultivada durante mucho tiempo"[34].

En este tipo de plantaciones, que además suelen ser de importantes extensiones, se utilizan los mismos métodos de fertilización y control de pestes para garantizar niveles de producción. Una de las características del monocultivo es que puede alcanzar en un corto tiempo máximo de producción agrícola debido a la adición y concentración de fertilizantes[35] y otra es su naturaleza como sistema intensivo de producción.

El costo ambiental del monocultivo es muy alto; al empobrecimiento del suelo por desgaste de nutrientes que conduce a la erosión[36] porque en el monocultivo se cosecha toda la planta, interrumpiendo el proceso natural de reciclaje e incorporación de materia orgánica en el suelo, debe sumarse que generalmente compromete de manera irremediable acuíferos[37] y fuentes de agua cercanas, que contribuye con la rápida dispersión de enfermedades por falta de defensas naturales y porque algunos insectos encuentran alimento constante en el monocultivo, pocos predadores y se reproducen intensamente, con lo cual se tornan en plagas, empobrecimiento de la biodiversidad porque no puede sustentar a animales que antes habitaban ese sitio (desde insectos hasta mamíferos, incluyendo aves) y estos no pueden alimentarse, encontrar abrigo o refugio, reproducirse ni cumplir con sus servicios ecosistémicos como la polinización y dispersión de semillas.

Las plantaciones forestales aludidas en el artículo 121 son típicamente un monocultivo y sus nefastas consecuencias pueden apreciarse en varias provincias del país.

Es un contrasentido que el COA plantee que "se podrán establecer monocultivos en las plantaciones forestales realizadas en áreas degradadas o en proceso de de-

34 *Ibid*.

35 "Fertilizante (*Fertilizer*).- Producto químico, usualmente con mezcla Nitrogenada y/o Fosforilada, que enriquece al suelo por el intercambio iónico incrementado y favorece el desarrollo de las plantas y aumenta la producción agrícola". Ibid.

36 "Erosión (*Erosion*).- Proceso geológico relacionada con el desgaste y la movilización de los materiales que forman la tierra; se compone de dos fases, a saber: (i) meteorización: donde se destruyen y segregan en partículas cada vez más pequeñas, y (ii) transporte: donde se mueven los sedimentos hacia zonas cada vez más bajas. *Ibid*.
Existen varios tipos de erosión: acelerada, diferencial, difusa, en carcavas, en surcos, laminar, marginal y por salpicadura". *Ibid*.

37 "Acuífero (*Aquifer*).- Cualquier material subsuperficial que puede mantener una cantidad significante de agua subterránea y es capaz de transmitirla rápidamente". *Ibid*.

sertificación determinadas en el plan de ordenamiento territorial"[38], ya que las áreas degradadas o en proceso de desertificación[39] deberían ser objeto de restauración; entendiéndose como restauración "el proceso de asistir la recuperación de un ecosistema que ha sido degradado, dañado o destruido" según la definición internacionalmente aceptada de la Sociedad para la Restauración Ecológica (en adelante SER, del original en inglés *Society for Ecological Restauration*)[40].

La restauración ecológica tiene cinco componentes: (i) ecológico, (ii) económico, (iii) social, (iv) cultural y (v) político-legislativo[41]. Desde un punto de vista ecológico, la restauración se fundamenta en los principios dinámicos de molestia[42], resistencia[43] y estabilidad de un sistema.

Incluso la Organización de Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura (en adelante FAO por sus siglas en inglés) insta frecuentemente a los países a evitar los monocultivos y la ganadería extensiva como medidas para proteger la biodiversidad[44].

Estos y otros argumentos fueron empleados en la fundamentación del recurso de inconstitucionalidad presentado por Cedenma, Acción Ecológica y Libera contra el COA el día 5 de junio de 2018[45].

### 2.1.2.4. Falta de técnica

El COA a lo largo de todo su texto y en materia forestal contiene varios ejemplos de falta de técnica. El artículo que mejor ejemplifica esta afirmación es el 124 que contiene al menos tres errores como se explica a continuación.

> **Artículo 124.- De los sistemas agroforestales.** Los sistemas agroforestales y los árboles de la regeneración natural orientarán sus actos de la siguiente forma:
> 1. Solo califican como sistemas agroforestales aquellas combinaciones de especies forestales y cultivos que cuenten con suficiente densidad de árboles, conforme con las normas técnicas de la materia; […]

38 En caso de interés en profundizar en los elementos y alcances del Plan de Ordenamiento Territorial se recomienda revisar el Código Orgánico de Ordenamiento y Desarrollo Territorial (COOTAD. Registro Oficial No. 303 Suplemento de 19 de octubre de 2010.)

39 "Desertificación (*Desertification*).- Proceso de modificación lenta y continua del ambiente hacia condiciones cada vez más secas, en las que la aridez responde a los cambios en el balance hídrico, la reducción de la tabla freática y del contenido de planteas, que se hacen cada vez más seas y escasa, con el consiguiente abandono de los animales.
La reducción de la diversidad y la escasez de agua son dos parámetros que establecen el «avance del desierto»". (Sarmiento, Fausto. *Óp. cit.*)

40 SER. Sociedad para la Restauración Ecológica. Página web https://www.ser.org/default.aspx

41 Van Andel, Jelte y Aronson, James. *Restoration Ecology: The New Frontier*. Oxford: Blackwell, 2012.

42 La molestia es un factor que causa un cambio o transformación en la estabilidad de un ecosistema desde una molestia ligera hasta antes de cruzar el umbral no reversible que hace la autorrecuperación imposible.

43 Resistencia es la capacidad del ecosistema de absorber una perturbación sin pérdidas de funcionalidad ecológica.

44 FAO web oficial www.fao.org/home/es/. Última fecha de consulta: 25 de noviembre de 2018.

45 Boletín y rueda de prensa de la presentación de la acción de inconstitucionalidad presentado contra el COA el día 5 de junio de 2018 puede consultarse en: https://www.facebook.com/CEDerechosHUmanos/videos/1688490821233527/. Fecha de la descarga: 25 de noviembre de 2018.

5. Tratándose de cortinas antierosivas o rompevientos, entendidas como sistemas de protección de cobertura, solo es permitido el raleo o la entresaca de individuos en un grado que garantice la continuidad de sus funciones protectoras.

Fácilmente puede notarse que el encabezado del artículo 124 contiene una barbaridad jurídica, al asumir que los sistemas agroforestales y los árboles deben orientar sus actos hacia determinado fin. Resta decir que sistemas agroforestales y árboles carecen de la capacidad jurídica y decisión adoptada con libre albedrío para *orientar* sus actos en forma alguna.

El segundo ejemplo de falta de técnica es el relativo al sistema agroforestal, que no es definido en el glosario de la ley y sobre el que trata el numeral 1 del artículo 124.

Un sistema agroforestal es el conjunto funcional de elementos agrícolas y forestales integrados por factores que los interrelacionan, creando dependencias intrínsecas o extrínsecas que definen su estructura o su función, concretamente incluye "el manejo de áreas originalmente forestadas con el objetivo de obtener rendimientos de cultivos y de madera sin detrimento de los recursos de suelos y de vida silvestre originalmente"[46]. El agroforestal es un sistema de uso integral del suelo donde especies leñosas perennes, por ejemplo, árboles, arbustos, palmas, bambúes o enredaderas, interactúan biológica y económicamente en una misma área con cultivos agrícolas y/o animales[47]. Estos elementos pueden estar asociados en forma simultánea o secuencial, en zonas o mezclados.

Puede afirmarse que la densidad de los árboles (y otros leñosos) es solo un elemento del sistema agroforestal, pero técnicamente no es elemento que define si el sistema es o no agroforestal. Cabe preguntarse a qué agenda le es de interés que existan sistemas agroforestales que, por no alcanzar determinada densidad, no sean calificados como tales.

El tercer error se encuentra en el numeral 5 del artículo 124 que trata sobre las cortinas antierosivas[48] y sobre el raleo; ninguno de los dos está definido en el glosario. Este último consiste en la eliminación o poda de una proporción de los árboles que interfieren en el crecimiento de otros por problemas de crecimiento, orientación o forma; generalmente el primer raleo es para desechar árboles jóvenes que entorpecen otros, y los demás raleos tienen finalidades comerciales (dejar en pie los mejores individuos) o para el manejo general.

---

46 Sarmiento, Fausto, *Óp. cit.*

47 *Ibid.*

48 "Cortina rompeviento (*Wind Breaker*).- Disposición linear de árboles plantados en fila a lo largo de los linderos de pastizales o terrenos de labor con el fin de frenar el impacto del viento sobre los cultivos. Árboles de alargado talle y de fronda reducida son preferidos a los ejemplares frondosos para que la resistencia sea ejercida por la ubicación de las filas arboladas y no por la ubicación de las filas". (*Ibid.*)

Como consta en la cita textual del artículo 124, este promueve el raleo. Sin embargo, siendo las cortinas antierosivas una "disposición linear de árboles plantados en fila a lo largo de los linderos de pastizales o terrenos de labor con el fin de frenar el impacto del viento sobre los cultivos"[49], en la práctica son perímetros o líneas de árboles que difícilmente podrían requerir raleo porque la densidad en una barrera forestal que se encuentra en línea limítrofe de árboles es baja. Vale decir que nunca sería ni mínimamente similar a la densidad de una plantación.

Atendiendo a la norma estrictamente, parecería más bien que la entresaca en una cortina rompeviento permitiría un aprovechamiento forestal antes de que los árboles hayan alcanzado su madurez fisiológica; objetivo distinto de aquel de protección que tiene la cortina.

### 2.1.2.5. Nivel de la norma

El artículo 156 del COA contiene una norma que parece más bien propia de una ordenanza que de un cuerpo orgánico[50].

Esta misma norma podría ser vista como intromisión del ejecutivo central en las competencias ambientales que los gobiernos autónomos descentralizados (en adelante GAD) tienen garantizadas en el Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización (en adelante COOTAD)[51].

En lugar de favorecer la articulación entre niveles y autoridades como disponen los numerales 6[52] y 7[53] del artículo 8, este texto más bien parece propiciar problemas de competencias por intromisión.

---

49 Ver nota al pie No. 32 que contiene la definición completa.

50 "Art. 156.- Del censo del arbolado urbano. Dentro del cálculo y medición del área verde urbana, los Gobiernos Autónomos Descentralizados Municipales o Metropolitanos podrán incorporar un registro del número de árboles, tanto por habitante como por unidades territoriales. Para el mismo objetivo, podrán llevar un censo periódico y georreferenciado de la tipología de árboles existentes, de sus características dasométricas, del número de individuos y de la cantidad de especies nativas e introducidas presentes.
Este censo deberá establecer también el potencial urbano para incrementar el número de árboles en la ciudad. Toda la información generada será remitida al Sistema Único de Información Ambiental para su sistematización y publicación". (COA. *Eiusdem*. Artículo 156.)

51 COOTAD. *Eiusdem*.

52 "Art. 8.- Responsabilidades del Estado. Sin perjuicio de otras establecidas por la Constitución y la ley, las responsabilidades ambientales del Estado son: […]
6. Instaurar estrategias territoriales nacionales que contemplen e incorporen criterios ambientales para la conservación, uso sostenible y restauración del patrimonio natural, los cuales podrán incluir mecanismos de incentivos a los Gobiernos Autónomos Descentralizados por la mejora en sus indicadores ambientales; así como definir las medidas administrativas y financieras establecidas en este Código y las que correspondan; y,". (COA. *Eiusdem*. Artículo 8 numeral 6.)

53 "Art. 8.- Responsabilidades del Estado. Sin perjuicio de otras establecidas por la Constitución y la ley, las responsabilidades ambientales del Estado son: […]
7. Garantizar que las decisiones o autorizaciones estatales que puedan afectar al ambiente sean consultadas a la comunidad, a la cual se informará amplia y oportunamente, de conformidad con la Constitución y la ley. La planificación y el ordenamiento territorial son unas de las herramientas indispensables para lograr la conservación, manejo sostenible y restauración del patrimonio natural del país. Las políticas de desarrollo, ambientales, sectoriales y nacionales deberán estar integradas". (*Eiusdem*. Artículo 8 numeral 7.)

### 2.1.3. Manglar

La condición de megadiversidad del Ecuador, que se aludió anteriormente, se debe en parte a la presencia del ecosistema manglar[54], que es lamentablemente un hábitat en constante peligro por las actividades no sostenibles que se efectúan en él.

El COA, en lugar de procurar conservar los manglares y promover alianzas sociales y locales para garantizar esta conservación, autoriza la construcción de infraestructura. Lo hace su artículo 104 numeral 7[55] que incluye "otras actividades productivas o de infraestructura pública", cuya única limitación, según el texto legal, es contar con autorización expresa de la Autoridad Ambiental Nacional y ofrecer programas de reforestación.

Ni la ejecución de obras productivas ni la construcción de obras de infraestructura son compatibles con el principio constitucional de no regresividad de los derechos[56] en vista que la anteriormente vigente Ley Forestal y de Conservación de Áreas Naturales y Vida Silvestre disponía que los manglares como bienes del Estado podían únicamente ser explotados por vía de contrato de concesión.[57] Debido a que la ley anterior no incluía la posibilidad de otorgar permisos "otras actividades productivas o de infraestructura pública" y el COA, sí lo hace, es un evidente caso de retroceso en la protección para este ecosistema porque la legislación anterior disponía un mejor nivel de protección.

La consideración que tenía la legislación anterior contra las actividades productivas y las obras de infraestructura se fundamentaba en que ambas provocan serios daños en el ecosistema manglar además de daños colaterales producidos por la escala de la actividad productiva, la dimensión de la construcción, los materiales y las técnicas empleados, el carácter temporal o permanente de la actividad u obra y el movimiento de tierras que ambas requieren, entre otros aspectos.

---

54 La península ecuatoriana tiene veintiún de los veintisiete ecosistemas marinos y costeros mundialmente reconocidos como importantes para la conservación de la biodiversidad (diez de los catorce marinos y once de los trece ecosistemas costeros).

55 "Art. 104.- Actividades permitidas en el ecosistema de manglar. Las actividades permitidas en el ecosistema de manglar, a partir de la vigencia de esta ley, serán las siguientes: […]

7. Otras actividades productivas o de infraestructura pública que cuenten con autorización expresa de la Autoridad Ambiental Nacional y que ofrezcan programas de reforestación". (*Eiusdem*. Artículo 104.)

56 "Título II: Derechos. Capítulo Primero: Principios de Aplicación de los Derechos.

Art. 11.- El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios: […]

8. El contenido de los derechos se desarrollará de manera progresiva a través de las normas, la jurisprudencia y las políticas públicas. El Estado generará y garantizará las condiciones necesarias para su pleno reconocimiento y ejercicio. Será inconstitucional cualquier acción u omisión de carácter regresivo que disminuya, menoscabe o anule injustificadamente el ejercicio de los derechos". (Constitución de la República del Ecudor. *Eiusdem*. Artículo 11.)

57 "Art. 1.- Constituyen patrimonio forestal del Estado, las tierras forestales que de conformidad con la Ley son de su propiedad, los bosques naturales que existan en ellas, los cultivados por su cuenta y la flora y fauna silvestres; los bosques que se hubieren plantado o se plantaren en terrenos del Estado, exceptuándose los que se hubieren formado por colonos y comuneros en tierras en posesión. Las tierras del Estado, marginales para el aprovechamiento agrícola o ganadero. Todas las tierras que se encuentren en estado natural y que por su valor científico y por su influencia en el medio ambiente, para efectos de conservación del ecosistema y especies de flora y fauna, deban mantenerse en estado silvestre. Formarán también dicho patrimonio, las tierras forestales y los bosques que en el futuro ingresen a su dominio, a cualquier título, incluyendo aquellas que legalmente reviertan al Estado.

Los manglares, aun aquellos existentes en propiedades particulares, se consideran bienes del Estado y están fuera del comercio, no son susceptibles de posesión o cualquier otro medio de apropiación y solamente podrán ser explotados mediante concesión otorgada, de conformidad con esta Ley y su reglamento." Ley Forestal y de Conservación de Áreas Naturales y Vida Silvestre (derogada por el COA). Registro Oficial Suplemento 418 de 10 de septiembre de 2004.

En tratándose del tema de la regresividad del código en materia de manglares, hay otros dos aspectos adicionales.

De un lado, el cuerpo legal implica una regresión respecto del uso privilegiado que se concedía a las comunidades ancestrales como mecanismo de manejo participativo con fines de conservación que se consagraba en el Texto Unificado de Legislación Secundaria del Ministerio del Ambiente (en adelante Tulsma)[58].

De otro, esta última norma prohibía la instalación de fábricas e infraestructura, al igual que cualquier actividad que produjera desechos tóxicos.[59] Concretamente, en cuanto a la actividad camaronera, el Tulsma determinaba la necesidad de un inventario de las piscinas camaroneras existentes[60] (al momento de la entrada en vigencia de la norma) con el objeto de impedir la autorización de construcción de nuevas piscinas o ampliación de las camaroneras ya existentes a esa fecha[61].

Vale reiterar que el COA, al permitir que se efectúen "otras actividades productivas" en el manglar, permitiría la autorización de nuevas piscinas camaroneras, actividad prohibida por una norma. Si bien es cierto la norma anterior (Tulsma) es secundaria, su fundamento era una ley, la Forestal y de Conservación. En tal sentido, existe de forma absoluta un caso contra el principio de no regresividad[62].

### 2.1.4. Cuencas hidrográficas

Como *corpus* ambiental, un vacío sensible en el instrumento analizado es el relativo a las cuencas hidrográficas. No solo no las define en su glosario, sino que además contiene una incongruencia en el artículo 5 numeral 4[63] porque el texto incluye la posibilidad de recuperar recursos hídricos, lo cual no es técnicamente posible.

58 "Libro V: Recursos Marinos Costeros
Art. 19.- Será de interés público la conservación, protección y reposición de los bosques de manglar existentes en el país, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 12 de la Ley Forestal y de Conservación de Áreas Naturales y Vida Silvestre. En consecuencia, prohíbase su explotación y tala.
Sin embargo, las comunidades ancestrales podrán solicitar se les conceda el uso sustentable del manglar para su subsistencia, aprovechamiento y comercialización de peces, moluscos y crustáceos, entre otras especies, que se desarrollen en este hábitat. Tales solicitudes de las comunidades ancestrales y usuarios ancestrales serán atendidas mediante el otorgamiento del «Acuerdo de Uso Sustentable y Custodia del Manglar», que será emitido por el Ministerio de Medio Ambiente a través de la Subsecretaría de Desarrollo Sostenible con sede en Guayaquil.
Las comunidades y usuarios favorecidos con el «Acuerdo de Uso Sustentable y Custodia del Manglar» tendrán la obligación de cuidar este ecosistema y comunicar a la autoridad competente, de cualquier violación o destrucción del mismo". (Texto Unificado de Legislación Secundaria de Medio Ambiente (Tulsma). Artículo 19. Decreto Ejecutivo No. 3516, Registro Oficial No. 2 Edición Especial de 31 de marzo de 2003, Última modificación: 29 de marzo de 2017.)

59 "Art. 52.- De la misma manera, no se permitirá en las áreas del ecosistema de manglar la instalación de fábricas e infraestructura y actividades que produzcan desechos tóxicos, de acción residual que ponga en peligro el ecosistema y su biodiversidad". (*Eiusdem*. Artículo 52.)

60 "Art. 53.- Las piscinas camaroneras construidas en el ecosistema de manglar, serán inventariadas y delimitadas por la Subsecretaría de Gestión Ambiental Costera, con la colaboración de la Digmer y la Dirección General de Pesca, cada dos años". (*Eiusdem*. Artículo 53.)

61 "Art. 54.- No se autorizará por parte de ninguna entidad u organismo del Estado, la construcción de nuevas piscinas o la ampliación de las camaroneras existentes en el ecosistema de manglar y su zona de transición". (*Eiusdem*. Artículo 54.)

62 En caso de interés en profundizar en el análisis constitucional de este aspecto se recomienda la revisión de la Acción de inconstitucionalidad contra el COA presentada por Cedenma y otros el día 5 de junio de 2018.

63 "Artículo 5.- Derecho de la población a vivir en un ambiente sano. El derecho a vivir en un ambiente sano comprende: […]
4. La conservación y recuperación de los recursos hídricos, cuencas hidrográficas y caudales ecológicos asociados al ciclo hidrológico". (*Eiusdem*. Artículo 5.)

La recuperación es posible en las cuencas hidrográficas; mismas que también son susceptibles de manejo porque, en un sentido netamente físico, son espacios delimitados por límites topográficos, donde la precipitación escurre hacia un solo punto; por esto la cuenca en sí permanece y lo que cambia y se degrada son los recursos que en ella se desarrollan (agua principalmente).

Acto seguido y más importante aún es la sospechosa ausencia de competencia de la autoridad nacional ambiental sobre las cuencas hidrográficas. Entre las atribuciones de esta autoridad en el artículo veinticuatro[64] no consta ninguna relacionada a cuencas hidrográficas como unidad básica de planificación y administración ambiental, ni siquiera para guardar coherencia con el artículo 5 numeral 4 ya mencionado.

### 2.1.5. Reparación de daños ambientales

El COA trae consigo un tema de conflicto con otro cuerpo orgánico, el Código Orgánico General de Procesos[65] (en adelante COGEP) en materia de la reparación ambiental integral frente a la restauración. Los textos implicados son los artículos 296 del primero[66] y 39 del COGEP[67].

64 "Art. 24.- Atribuciones de la Autoridad Ambiental Nacional.- La Autoridad Ambiental Nacional tendrá las siguientes atribuciones:
1. Emitir la política ambiental nacional;
2. Establecer los lineamientos, directrices, normas y mecanismos de control y seguimiento para la conservación, manejo sostenible y restauración de la biodiversidad y el patrimonio natural;
3. Emitir criterios y lineamientos, en coordinación con la Autoridad Nacional competente de la Planificación Nacional, para valorar la biodiversidad, sus bienes y servicios ecosistémicos, su incidencia en la economía local y nacional, así como internalizar los costos derivados de la conservación, restauración, degradación y pérdida de la biodiversidad;
4. Ejercer la rectoría del Sistema Nacional Descentralizado de Gestión Ambiental;
5. Emitir lineamientos y criterios para otorgar y suspender la acreditación ambiental, así como su control y seguimiento;
6. Otorgar, suspender, revocar y controlar las autorizaciones administrativas en materia ambiental en el marco de sus competencias;
7. Declarar las áreas que se integrarán a los subsistemas del Sistema Nacional de Áreas Protegidas, y definir las categorías, lineamientos, herramientas y mecanismos para su manejo y gestión;
8. Establecer las listas de especies de vida silvestre con alguna categoría de amenaza, en base a las prioridades de conservación y manejo a escala nacional o los instrumentos o tratados internacionales ratificados por el Estado;
9. Repatriar colecciones ex situ de especies de vida silvestre traficadas, así como las especies decomisadas en coordinación con la autoridad correspondiente. Cuando sea posible se procederá con la reintroducción de dichas especies;
10. Delimitar dentro del Patrimonio Forestal Nacional las tierras de dominio público y privado y adjudicar a sus legítimos posesionarios de acuerdo con la ley;
11. Realizar y mantener actualizado el inventario forestal nacional, la tasa de deforestación y el mapa de ecosistemas;
12. Crear, promover e implementar los incentivos ambientales;
13. Emitir lineamientos y criterios, así como diseñar los mecanismos de reparación integral de los daños ambientales, así como controlar el cumplimiento de las medidas de reparación implementadas;
14. Definir la estrategia y el plan nacional para enfrentar los efectos del cambio climático en base a la capacidad local y nacional;
15. Fijar y cobrar las tarifas, tasas por servicios, autorizaciones o permisos y demás servicios en el ámbito de su competencia;
16. Conocer, tramitar, investigar y resolver las quejas y denuncias;
17. Ejercer la potestad sancionatoria y la jurisdicción coactiva en el ámbito de su competencia, así como conocer y resolver los recursos administrativos que se interpongan respecto de las resoluciones de los órganos desconcentrados; y,
18. Las demás que le asigne este Código y las normas aplicables". (Eiusdem. Artículo 24.)

65 Código Orgánico General de Procesos (COGEP). Registro Oficial No. 506 Segundo Suplemento de 22 de mayo de 2015.

66 "Art. 296.- Aprobación de las medidas de reparación. La Autoridad Ambiental Competente deberá aprobar las medidas de reparación integral presentadas por el responsable del daño ambiental y su respectiva implementación. La aprobación de las medidas ejecutadas que no hayan reparado integralmente los daños ambientales será nula de pleno derecho.
En caso de incumplimiento de la reparación integral aprobada por la Autoridad Ambiental Competente, las personas naturales y jurídicas, o las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades, podrán ejercer las acciones por la vía judicial". (COA. *Eiusdem*. Artículo 296.)

67 "Título III: Sujetos del Proceso. Capítulo II: Representación de la Naturaleza
Artículo 39.- Medidas. Si por aplicación de otras leyes se hubiera conseguido prevenir, evitar, remediar, restaurar y reparar los daños ambientales, no será necesario tramitar las acciones descritas en este capítulo.
Las medidas remediadoras, restauradoras y reparadoras de los daños ambientales, así como su implementación, se someterán a la aprobación de la autoridad ambiental nacional.
En el caso de que no existan tales medidas, la o el juzgador las ordenará". (COGEP. *Eiusdem*. Artículo 39.)

De un lado, el COGEP, con preminencia temporal, estableció que, en tratándose de la representación de la naturaleza, las medidas de remediación, restauración y reparación de daños ambientales debían someterse a la aprobación de la autoridad ambiental nacional, y, en caso de inexistencia, quedaba al juez el ordenarlas.

Pero el COA, posteriormente, determina que, en caso de incumplimiento de las medidas de reparación integral, se requerirá que "personas naturales y jurídicas o las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades" demanden en vía judicial.

Lo primero que llama la atención es que el cuerpo legal analizado, pese a ser un instrumento especializado, ni siquiera enumere todas las opciones legales ante un daño ambiental y que solo defina la restauración[68] dejando de lado a la remediación y a la reparación. Pero más llama la atención que, mientras el COGEP enfatiza en la falta de medidas y determina que las declare, el COA se refiera directamente al incumplimiento y no establezca fórmula de actuación en el caso de inexistencia de medidas.

También debe destacarse que una de las pocas luces del texto analizado está en este artículo, ya que reconoce que la demanda pueda ser presentada por un tercero cualquiera, posibilitándose la participación de "personas naturales y jurídicas o las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades" en acciones concretas en instancia judicial en reclamo de medidas de reparación integral por daño o contaminación.

## 3. Conclusiones

La diversidad biológica es uno de los recursos más abundantes del Ecuador; sin embargo, debido a que no ha sido apreciada como un recurso estratégico para el desarrollo nacional, ha sido blanco de actividades productivas no amigables y por ello sus valores y servicios están en peligro, dentro y fuera de las áreas establecidas para su conservación y uso sustentable. Ante esta situación la legislación ecuatoriana poco o nada ha podido hacer por sus características normas dispersas y contradictorias, y por la poca e ineficiente aplicación por parte de autoridades ambientales siempre debilitadas, entre otras razones por la poca claridad de sus competencias y del sistema de relacionamiento con otras autoridades territoriales como los GAD.

En ese escenario, se habría esperado que la aparición de un código orgánico dedicado al ambiente resolviera varios problemas, pero no ha sido así. Lejos de ser una solución a la situación de indefensión jurídica de bienes y servicios ambientales, el COA provoca aún más problemas y más debilidad temática.

68 "Glosario. Restauración.- Conjunto de actividades tendientes a la recuperación y restablecimiento de las condiciones que propicien la evolución de los procesos naturales y mantenimiento de servicios ambientales". (COA. *Eiusdem*.)

Esta investigación concluye que el COA es efectivamente un nuevo *driver* contra la conservación de la diversidad biológica. No es solo su falta de técnica sino también la intencionalidad de sus disposiciones, por ejemplo, en materia de regresividad, lo que hace que el COA sea un motor contra la conservación de la diversidad biológica.

Este instrumento legal no sirve como base para la institucionalidad ambiental que facilite compromisos institucionales y sociales enfocados al cambio del actual modelo de desarrollo. Tampoco permitirá consolidar compromisos y políticas públicas, así como contar con un rediseño del marco institucional y legal adecuado para la conservación y manejo de bienes y recursos de la diversidad biológica. Ello porque a pesar de que el COA integra varias piezas existentes de legislación ecuatoriana, es un cuerpo normativo que no guarda relación con principios técnicos de conservación, manejo y uso sustentable.

De otro lado, no puede esperarse una articulación eficientemente en el nivel de su aplicación, no solo porque aún no tiene reglamentos general y especiales de aplicación, sino también porque sus deficiencias no lo permitirán. El COA deja sin definición demasiados temas que, por las limitaciones de este trabajo de investigación, no fueron enlistados y lo serán en un próximo trabajo; sin embargo, se ha ejemplificado el caso de los manglares y de las cuencas hidrográficas y se mencionó la falta de definición de los subsistemas y las categorías de áreas protegidas que integran cada nivel. Estos y otros quedan librados a normas reglamentarias secundarias y técnicas, lo cual incumple con la técnica y atenta contra la seguridad jurídica. Sobra decir que lo que el COA no manda, permite o prohíbe no puede ser objeto ni de reglamento ni de norma técnica.

El COA mantiene una óptica reduccionista y sectorialista sobre temas ambientales relevantes para la conservación como, por ejemplo, el caso de la conservación de los manglares. El texto legal no consideró adecuadamente la información técnica disponible y por ello los elementos de relevancia e interrelación natural y social no son debidamente tratados; igual puede decirse sobre los principios orientadores de la participación de otras entidades públicas y privadas bajo el liderazgo de la autoridad ambiental nacional, el MAE, que lejos de fortalecerla, la debilitan.

## Anexo No. 1: Resumen de disposiciones del COA

| Disposición | Número | Contenido / materia |
|---|---|---|
| Generales | Primera | Obligación de las instituciones del Sistema Nacional Descentralizado de Gestión Ambiental de entregar información al MAE. |
| | Segunda | Regla sobre el carácter obligatorio de las normas ambientales en las provincias amazónicas y complementaria cuando se dicten leyes orgánicas especiales |
| Transitorias | Primera | Los procedimientos administrativos y demás trámites iniciados o en proceso cumplirán con las leyes y normas vigentes a la fecha de inicio del trámite. |
| | Segunda | Disposición de ajuste y actualización de las mallas curriculares de educación para incluir los principios y enunciados del COA en el plazo de un año. |
| | Tercera | Plazo de noventa días para que los Ministerios de Agricultura (en adelante MAG), Educación, Salud, Ambiente y Senescyt dicten los lineamientos y normas técnicas para el manejo responsable de la fauna urbana. |
| | Cuarta | Plazo de ciento ochenta días para los GAD municipales o metropolitanos dicten las normas para la fauna y arbolado urbano |
| | Quinta | Plazo de ciento ochenta días para que los GAD municipales o metropolitanos dicten las ordenanzas relativas a la prohibición de las corridas de toros cuya finalidad sea dar muerte al animal.<br>El mismo plazo se concede para la regulación de los espectáculos que incluyan animales |
| | Sexta | Obligación del MAE para evaluar las AP que conforman el SNAP y Patrimonio Forestal Nacional dentro de cuatro años y para delimitarlas o cambiarlas de categoría.<br>En el caso del Patrimonio Forestal Nacional, se actuará en coordinación con el MAG y se realizará una actualización para restaurar, modificar sus límites o eliminarla del patrimonio. |
| | Séptima | Obligación del MAE de coordinar con el MAG y los Registros de la Propiedad la revisión, verificación y levantamiento de información de la propiedad o posesión en las AP y del Patrimonio Forestal Nacional.<br>En noventa días, el MAE en coordinación con el MAG definirá el procedimiento para la legalización de tierras en AP y Patrimonio Forestal Nacional. |

| Disposición | Número | Contenido / materia |
|---|---|---|
| Transitorias | Octava | En un año, el MAE y los GAD actualizarán los instrumentos que se requiera para el cumplimiento del COA.<br>Los GAD acreditados que hayan expedido normativa ambiental deberán adecuar su contenido a estas disposiciones. |
| Reformatorias | Primera | Reformas a la Ley Orgánica de Salud |
| | Segunda | Reformas a la Ley de Caminos |
| | Tercera | Reformas a la Ley de Comercialización y Empleo de Plaguicidas |
| | Cuarta | Reformas a la Código Orgánico de Organización Territorial |
| | Quinta | Reformas al Código Civil |
| | Sexta | |
| | Séptima | |
| | Octava | Reformas a la Ley de Minería |
| | Novena | |
| Derogatorias | Primera | Derogatoria de la Ley de Gestión Ambiental. |
| | Segunda | Derogatoria de la Ley para la Prevención y Control de la Contaminación Ambienta |
| | Tercera | Derogatoria de Codificación de la Ley que Protege la Biodiversidad en el Ecuador |
| | Cuarta | Derogatoria de Codificación de la Ley para la Preservación de Zonas de Reserva y Parques Nacionales |
| | Quinta | Derogatoria de los Arts. 114, 115, 116 y 149 de la Ley Orgánica de la Salud |
| Derogatorias | Sexta | Derogatoria de la Codificación de la Ley Forestal y de Conservación de Áreas Naturales y Vida Silvestre |
| | Séptima | Derogatoria del inciso 4to. del Art. 3 de la Ley de Hidrocarburos |
| Disposición final | Única | Se establece la vacatio legis del COA por un año |

# Sobre la diminuta franja divisoria entre el *habeas corpus* y la acción de protección: análisis en cuanto a la protección del principio *non-refoulement*

**Arturo Rafael Rivas Bayas**
Universidad San Francisco de Quito USFQ, estudiante del Colegio de Jurisprudencia
Campus Cumbayá, Casilla Postal 17-1200-841, Quito 17091, Ecuador.
Correo electrónico: arturo1701_rivas@hotmail.com

**Erick Guapizaca Jiménez**
Universidad San Francisco de Quito USFQ, estudiante del Colegio de Jurisprudencia
Campus Cumbayá, Casilla Postal 17-1200-841, Quito 17091, Ecuador.
Correo electrónico: erickguapizaca@gmail.com

Recibido / Received: 26/02/2019
Aceptado / Accepted: 26/03/2019
DOI: 10.18272/lr.v6i1.1381

## Resumen

Con la Constitución de Ecuador, en 2008, se ha planteado un amplio régimen de protección para los derechos por medio de garantías jurisdiccionales. En este contexto, el principio de no devolución de categoría *ius cogens,* puede ser tutelado por el *habeas corpus*, en caso de privación de libertad. Incluso con una aplicación *pro homine,* cuando no media privación de libertad. A la par, a través de la acción de protección, cuando no haya de por medio privación de libertad o ya exista una vulneración del principio en análisis. Se analizan estas garantías jurisdiccionales, profundizando en su rol de proteger a los migrantes. Por lo tanto, se planteará cómo la acción de protección y el *habeas corpus* operan para proteger a las personas que corren riesgo de ser expulsados de un país o que ingresarán a su territorio; esto en consideración a situaciones particulares de cada individuo que busca asentarse en Ecuador.

Por un lado, se sostendrá que el *habeas corpus* procede antes del ingreso de una persona; además, cuando se encuentra dentro del país, se le priva de la libertad arbitrariamente e incluso cuando no haya privación de libertad. Por otro lado, se explicará como la acción de protección procede antes del ingreso, cuando la persona no está privada de libertad dentro del territorio o cuando ya ha sido expulsada. Así, se aborda la no devolución a la luz de los sistemas de protección de derechos humanos y del ordenamiento jurídico ecuatoriano. Igualmente, se mencionan las reglas aplicables a las garantías jurisdiccionales en cuanto a su naturaleza y alcance. Además, se esquematiza el *habeas corpus*, la acción de protección y como podrían tutelar el principio *non-refoulement*. A su vez, las órdenes de devolución mediante actos administrativos y los mecanismos para tutelar el principio en diversos supuestos y, las conclusiones respectivas.

## Palabras clave

*habeas corpus*; garantía, acción de protección; acto administrativo; Constitución; Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional; Ley de Movilidad Humana; no devolución; derecho de refugiados

# *About the Tiny Dividing Strip Between the Habeas Corpus and the Writ of Amparo: Analysis Regarding the Ward of Non-refoulement Principle*


## Abstract

*With the 2008 Constitution of Ecuador, a broad regime of protection for rights has been proposed through jurisdictional guarantees. In this context, the principle of non-return of the ius cogens category can be protected by Habeas Corpus, in case of deprivation of liberty. Even with a pro homine application, when the deprivation of liberty does not mediate. At the same time, through the writ of amparo, when there is no means of deprivation of liberty or there is already a violation of the principle under analysis. These jurisdictional guarantees are analyzed, deepening in its role of protecting migrants. Therefore, it will be considered as the writ of amparo and Habeas Corpus operate to protect people who are at risk of being expelled from a country or who will enter their territory; this in consideration to situations of each individual seeking to settle in Ecuador.*

*On the one hand, it will be argued that the Habeas Corpus proceeds prior to the entry of a person; also, when the person is inside the country and arbitrarily deprived of his freedom and even if there is no deprivation of liberty. On the other hand, it will be explained how the writ of amparo proceeds prior to entry, when the person is not deprived of freedom within the territory or when the person has already been expelled. Thus, non-refoulement is addressed considering the human rights protection systems and the Ecuadorian legal system. Likewise, the applicable rules to jurisdictional guarantees are mentioned in terms of their nature and scope. In addition, the Habeas Corpus, the writ of amparo are schematized and how they could protect the non-refoulement principle. In turn, the return orders through administrative acts and the mechanisms to protect the principle in various cases and, the respective conclusions.*



## Keywords

*Habeas Corpus; guarantee; writ of amparo; administrative act; Organic Law of Jurisdictional Guarantees and Constitutional Control; non-refoulement; Law of Human Mobility*

## 1. Introducción

La situación actual de muchos Estados no es del todo garantista de derechos y, por ello, miles de personas deciden migrar al Ecuador. Si bien el ingreso al territorio ecuatoriano no contiene mayores restricciones de visado o solicitudes rigurosas[1], últimamente las autoridades competentes para autorizar la entrada de una persona o para autorizar su estadía en Ecuador tienen amparo legal para deportar bajo ciertas circunstancias.

Diversos acontecimientos de índole política, social y cultural en ciertas naciones han forjado olas migratorias hacia varios países, entre ellos Ecuador[2], como una opción emergente en la cual miles de extranjeros podrán, potencialmente, gozar de una vida digna. Por la frontera norte con Colombia en Rumichaca ingresan gran cantidad de ciudadanos que en su mayoría provienen de Venezuela[3]. Salta a la vista que su condición de migrantes no ha sido voluntaria y mucho menos planificada. En esta consideración concuerda la ahora jueza de la Corte Constitucional Daniela Salazar quien menciona que, "muchos venezolanos no han escogido migrar, se han visto forzados a hacerlo ante la escasez de medicinas o servicios de salud básicos. Es una cuestión de supervivencia"[4].

Por esto, en un sinfín de ocasiones a la hora de solicitar el ingreso al Ecuador son primero detenidos y luego devueltos a sus países de origen[5]. Como remedio, el ordenamiento jurídico ecuatoriano contempla acciones de rango constitucional para garantizar el principio de no devolución como el *habeas corpus* y la acción de protección dependiendo de la situación de los migrantes[6]. Si bien en gran medida depende de la situación de la persona que corre el riesgo de ser deportada o devuelta, es menester determinar con claridad la vía procedente para accionar a la hora de hacer efectiva la protección del principio de no devolución, para que los administradores de justicia puedan garantizarlo. En ese vigor se plantea: ¿en qué situación de hecho particular es procedente el *habeas corpus* en contraposición a la acción de protección, para tutelar el principio de no devolución?

En ese contexto, se analizan los siguientes puntos. (i) Se aborda la no devolución en los sistemas de protección de derechos humanos de los cuales forma parte Ecuador y su reconocimiento en el ordenamiento jurídico ecuatoriano. (ii) Se mencionan las reglas generales aplicables a las garantías jurisdiccionales. (iii) Se aborda el *habeas*

1 Ministerio del Interior y Ministerio de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana. Acuerdo Interministerial No. 0000001. Artículo 1. Registro Oficial No. 414 de 25 de enero de 2019.
2 Marcos, Ana y La Fuente, Javier. "La migración venezolana desborda a los Gobiernos de América Latina". *El País.* 27 de agosto de 2018, pár. 4.
3 La Hora. "Continúa el drama de migrantes venezolanos y éxodo por Rumichaca". *La Hora*. 7 de diciembre de 2018, pár. 15.
4 Salazar, Daniela. "Bienvenidos, venezolanos". *El Comercio*. 23 de febrero de 2018, pár. 2.
5 El Comercio. "9 000 migrantes ecuatorianos han solicitado refugio". *El Comercio*. 28 de octubre de 2018, pár 9.
6 Constitución de la República del Ecuador. Artículo 88 y 89. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

*corpus*, una acción garantista que no es una institución estática[7] y no se limita a tutelar un solo derecho constitucional, sino varios, entre ellos el principio examinado[8]. (iv) Se analiza la procedencia de esta acción con respecto a los actos de autoridades en los que se expulse a migrantes. Esta acción de protección ampara todos los derechos que no son tutelados por otra garantía[9]. Así, su alcance es bastante amplio y puede tutelar el principio examinado en cuanto existan derechos vulnerados. (v) Las órdenes de devolución mediante actos administrativos y los mecanismos para tutelar el principio cuando la persona se encuentra dentro del territorio y aquellos que permiten su protección, previo a su ingreso y, las conclusiones que contienen las respuestas al problema jurídico planteado.

## 2. Sobre el principio de *non-refoulement* o no devolución

El *non-refoulement* es "un principio del derecho internacional consuetudinario"[10]. Este principio ha sido definido por el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos como:

> [U]na protección esencial en el marco del derecho internacional de los derechos humanos, derecho del refugio, el derecho humanitario y el derecho consuetudinario. [El cual] [p]rohíbe que los Estados transfieran o remuevan individuos de su jurisdicción o control efectivo cuando haya motivos para creer que la persona estaría en riesgo de sufrir un daño irreparable al regresar, incluida la persecución, tortura, malos tratos u otras violaciones graves de los derechos humanos[11].

En el mismo sentido, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en su Informe sobre la situación de los solicitantes de asilo en el marco del sistema canadiense de determinación de la condición de refugiado, ha establecido que la no devolución implica una prohibición. Esta indica que

> cualquier persona reconocida como refugiado o que solicita reconocimiento como tal puede acogerse a esta protección para evitar su expulsión. Esto necesariamente implica que esas personas no pueden ser rechazadas en la frontera o expulsadas sin un análisis adecuado e individualizado de sus peticiones[12].

Por ende, no se puede rechazar a las personas que aún no entran en el territorio de un Estado y que requieren protección. Sin embargo, se considera que el principio de no devolución es mucho más amplio y no protege únicamente a los refugiados

7 Varela, Rodrigo. *La racionalidad en el hábeas corpus para precautelar la libertad de los defensores y defensoras de Derechos Humanos,* 2011. https://www.inredh.org/archivos/boletines/boletin_habeas_corpus2011.pdf. (acceso: 11/1/2019).

8 Constitución de la República del Ecuador. *Eiusdem*. Artículo 89.

9 *Eiusdem*. Artículo 88.

10 Alto Comisionado de las Naciones Unidas para Refugiados (ACNUR) y el Centro Lauterpacht de Investigaciones sobre Derecho Internacional. "El principio de no-devolución". 9 y 10 de julio de 2001. *Mesa redonda de expertos en Cambridge.* Mesa Redonda llevada a cabo en Cambridge, el 9 y 10 de julio de 2001.

11 Traducción libre. Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Oficina del Alto Comisionado. *The principle of non-refoulement under international human rights law*.https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Migration/GlobalCompactMigration/ThePrincipleNon-RefoulementUnderInternationalHumanRightsLaw.pdf. (accesso: 10/02/2019).

12 Organización de Estados Americanos. *Informe Sobre la Situación de los Derechos Humanos de los Solicitantes de Asilo en el Marco del Sistema Canadiense de Determinación de la Condición de Refugiado*. OEA/Ser.L/V/II.106 Doc. 40 rev, 28 febrero 2000, p. 7.

o solicitantes de refugio bajo la definición estricta de la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados. Así, por ejemplo, la Declaración de Cartagena sobre Refugiados de 1984, extiende la protección del principio *non-refoulement* y protege a los seres humanos cuando, "su vida, seguridad o libertad han sido amenazadas por la violencia generalizada, la agresión extranjera, los conflictos internos, la violación masiva de los Derechos Humanos u otras circunstancias que hayan perturbado gravemente el orden público."[13]

El principio de *non-refoulement* ha adquirido la categoría de *ius cogens*[14] en el Derecho Internacional Público. Así lo han reconocido los gobiernos de los países de América Latina participantes en la Declaración de Cartagena sobre Refugiados de 1984[15] y en la Declaración y Plan de Acción de México para Fortalecer la Protección Internacional de los Refugiados en América Latina, celebrada en Ciudad de México en 2004. En la parte considerativa del texto, antes de resolver lo referente a la Declaración *per se*, se recoge el siguiente texto: "[r]econociendo el carácter de *ius cogens* del principio de la no-devolución (*non-refoulement*), incluyendo el no rechazo en frontera, piedra angular del derecho internacional de los refugiados"[16]. En el mismo sentido, la Corte Penal Internacional en el caso *The Prosecutor v. Germain Katanga* de 2013, decisión que versa sobre la libertad provisional de los testigos detenidos, se ha pronunciado en relación con el *non-refoulement* como norma *ius cogens*[17]. Asimismo, se ha pronunciado el Alto Comisionado de las Naciones unidas para los Refugiados[18].

Por tanto, es una norma perentoria de derecho internacional que no podrá ser restringida, vulnerada o acordarse la no aplicación de esta por parte de los Estados[19]. Actualmente, es crítica su categorización puesto que la normativa en materia de movilidad humana de ciertos países, como Hungría y el Reino Unido, tiene un impacto nocivo en los extranjeros más vulnerables. En general huyen de sus países de origen por situaciones en las que sus bienes jurídicos pueden ser puestos en amenaza o vulnerados[20].

13 Declaración de Cartagena sobre Refugiados (1984). Conclusión Tercera.

14 Cançado, Antonio. "JUS COGENS: The determination and gradual expansion of its material content in contemporary international case-law". *XXXV Curso de Derecho Internacional Organizado por el Comité Jurídico Interamericano.* Conferencia llevada a cabo en la ciudad de Washington D.C., Estados Unidos, 2008.

15 Sobre el reconocimiento del principio de no devolución como norma ius cogens en América Latina, *vid*, Declaración de Cartagena (1984). Conclusión Quinta,

Quinta. Reiterar la importancia y significación del **principio de no devolución** (incluyendo la prohibición del rechazo en las fronteras), como piedra angular de la protección internacional de los refugiados. Este principio imperativo en cuanto a los refugiados debe reconocerse y respetarse en el estado actual del derecho internacional, **como un principio de *jus cogens***. (énfasis añadido).

16 Declaración y Plan de Acción de México para Fortalecer la Protección Internacional de los Refugiados en América Latina. (2004). Parte Considerativa.

17 Comisión de Derecho Internacional. *Segundo informe sobre el ius cogens presentado por Dire Tladi, Relator Especial.* Informe A/CN.4/706, 16 de marzo de 2017.

18 Sobre el reconocimiento del principio de no devolución como norma ius cogens en el Sistema Universal de Derechos Humanos, *vid*. Acnur. "General Conclusion on International Protection No. 25 (XXXIII)". 1982 *Executive Committee 33rd session.* Sesión llevada a cabo en la Asamblea General de las Naciones Unidas, 20 de octubre de 1982. "Reaffirmed the importance of the basic principles of international protection and in particular **the principle of non-refoulement which was progressively acquiring the character of a peremptory rule of international law**" (énfasis añadido).

19 Allain, Jean. "Ius Cogens Nature of non-refoulement". *International Journal of Refugee Law*, Vol. 4, No. 13 (2004), pp. 533-536.

20 *Ibid*.

Ahora se hará referencia a la evolución del principio a lo largo de la historia. En un primer momento, la concepción sobre la garantía procuraba que no se expulsara a un sujeto cuando no se garantizara la protección de sus derechos en otro territorio. Más adelante, en los albores de la época posterior a la Segunda Guerra Mundial, se contempló que no debían ser expulsados a sus países de origen. De forma innovadora, con la creación de la Organización de las Naciones Unidas (en adelante ONU), se configuró el principio procurando proteger también a perseguidos políticos[21].

Las menciones al principio de no devolución se las puede encontrar en diversos convenios, declaraciones e instrumentos en el Sistema Universal y en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (en adelante SIDH). En este contexto, el principio incluso se encuentra como una práctica reiterada que constituye costumbre como fuente del derecho internacional. A continuación, se hará mención al reconocimiento del principio.

## 2.1. Reconocimiento en el Sistema Universal de Derechos Humanos del principio de no devolución

El esquema que reconoce al principio *non-refoulement* en el Sistema Universal de Derechos Humanos es bastante homogéneo[22]. No obstante, hay ciertos sujetos protegidos que difieren dependiendo de la naturaleza del instrumento internacional. En primer lugar, la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (1984) (en adelante Convención contra la Tortura), en su artículo 3 inciso primero, indica lo siguiente: "Ningún Estado Parte procederá a la expulsión, devolución o extradición de una persona a otro Estado cuando haya razones fundadas para creer que estaría en peligro de ser sometida a tortura"[23]. La norma es clara ya que establece la prohibición de devolución de una persona, en los casos en que su vida corra peligro cuando exista el riesgo de que pueda ser torturada. Además, la norma está acorde al tema eje de la Convención citada e interrelaciona a la no devolución con la prohibición de la tortura. El sujeto protegido es indeterminado y puede ser cualquier persona natural que argumente razones fundadas para afirmar que sufrirá tortura, tratos inhumanos o degradantes en caso de ser expulsado de un país a otro.

21 Molnar, Támas. "The Principle of non-refoulement under international law: Its inception and evolution in a Nutshell." *Covirnus Journal of International Affairs*, Vol. 1, No. 1 (2016), pp. 51-53.

22 Los instrumentos que hacen mención por separado o en correlación con la norma *ius cogens* de prohibición de la tortura son: Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966). Artículo 7; Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas de las Naciones Unidas (1992) Articulo 8; Convenio de Ginebra relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra (1949). Artículo 45; Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948). Articulo 8; Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (2000). Artículo 18; Estatuto de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (1950). Artículo 6; Convención de la OUA por la que se regulan los aspectos específicos de problemas de los refugiados en África (1969). Artículo 1, entre otros.

23 Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (1984). Artículo 3.

En un ámbito específico, la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados dispone, en su artículo 33, la prohibición de expulsión y de devolución:

> Ningún Estado Contratante podrá, por expulsión o devolución, poner en modo alguno a un refugiado en las fronteras de los territorios donde su vida o su libertad peligre por causa de su raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social, o de sus opiniones políticas[24].

En la esfera latinoamericana, la Declaración de Cartagena de 1984, adoptada a escala regional, es un complemento necesario para la ejecución de la Convención de 1951, cuyo objeto es exhortar a aquellos países que no han ratificado la convención a hacerlo. En este respecto, la Declaración citada procura unificar los conceptos de refugiados y otras categorías de migrantes a escala regional[25]. De tal manera, es una medida que procura la tutela de los derechos de movilidad dentro del continente y asimismo obliga a los Estados a cooperar de mejor manera en cuanto se presenten crisis humanitarias. Como último punto relevante, se exhorta a los países para que exista facilidad en los procesos, coordinación y reconocimiento de las labores del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados[26].

Por otra parte, la Declaración sobre el Asilo Territorial adoptada en la resolución 2312[27] de la Asamblea General de las Naciones Unidas con una naturaleza de *soft law,* puesto que si bien no crea una obligación vinculante para los Estados tiene relevancia para el desarrollo del Derecho Internacional[28]. El artículo 3 de la misma establece:

> 1. Ninguna de las personas a que se refiere el párrafo 1 del artículo 1 será objeto de medidas tales como la negativa de admisión en la frontera o, si hubiera entrado en el territorio en que busca asilo, la expulsión o la devolución obligatoria a cualquier Estado donde pueda ser objeto de persecución[29].

Al referirse al artículo 1, con el fin de precisar los sujetos protegidos por el derecho al asilo, se remite a su vez al contenido de la Declaración Universal de Derechos Humanos, la cual, en su artículo 14, establece que, en caso de persecución, toda persona tiene el derecho a solicitar asilo[30]. Por tanto, todas las personas en situación de persecución de cualquier índole son susceptibles de protección de la Declaración examinada.

---

24 Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 (1951). Artículo 33.

25 Von Sternberg, Mark. "The Evolving Law of Non-Refoulement and its Influence on the Convention Refugee Definition". *International Migration Review*, vol. 24 (2001), pp. 206-208.

26 Declaración de Cartagena, *Eiusdem*. Conclusión 3.

27 Declaración sobre Asilo Territorial (1967). Artículo 3.

28 Zemanek, Karl. Emanek, K. "Is the term «Soft law» convenient?". *Liber Amicorum Professor SeidlHohenveldern*, Vol. 54 (1998), p. 845.

29 Declaración sobre Asilo Territorial. *Eiusdem*. Artículo 3.

30 Declaración Universal de los Derechos Humanos. *Eiusdem*. Artículo 14.

Igualmente, la Convención Internacional Sobre la Protección de los Derechos de los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares (en adelante Convención de los Trabajadores Migratorios) protege a extranjeros que ya se encuentren laborando en Ecuador. En su parte pertinente, el artículo 22 reconoce:

> 1. Los trabajadores migratorios[31] y sus familiares no podrán ser objeto de medidas de expulsión colectiva. Cada caso de expulsión será examinado y decidido individualmente.
> 2. Los trabajadores migratorios y sus familiares solo podrán ser expulsados del territorio de un Estado Parte en cumplimiento de una decisión adoptada por la autoridad competente conforme a la ley.

Una nota distintiva se debe realizar con respecto a las demás convenciones del universo de las Naciones Unidas ya que salta a la vista, en primer lugar, una prohibición, la de expulsión colectiva y segundo, la obligación relativa a que los migrantes sean expulsados solo conforme a decisiones de autoridades competentes[32]. Por consiguiente, la expulsión colectiva está prohibida y esto conlleva a que cada deportación se lleve a cabo por medio de un proceso judicial o administrativo individualizado.

## 2.2. Menciones en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos del principio de no devolución

Ecuador es parte de la Organización de Estados Americanos (en adelante OEA) que cuenta con dos órganos de supervisión y de protección en materia de derechos humanos, la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos[33]. A su vez, Ecuador ha ratificado la competencia contenciosa de esta última[34], lo que le permite conocer casos en los que se puede establecer la responsabilidad del Estado por vulneraciones a derechos humanos[35]. Ahora bien, es relevante indicar que el principio de no devolución puede ser justiciable en el SIDH ya que existe mención al mismo, en el principal instrumento del sistema. Así, la Convención Americana sobre Derechos Humanos señala, en su artículo 22, que, bajo ningún presupuesto, "el extranjero puede ser expulsado o devuelto a otro país, sea o no de origen, donde su derecho a la vida o a la libertad personal está en riesgo de violación a causa de raza, nacionalidad, religión, condición social o de sus opiniones políticas"[36].

31 Para efectos de la Convención Internacional Sobre la Protección de los Derechos de los Trabajadores Migratorios y de sus familiares, de acuerdo con su Artículo 2, "son trabajadores migratorios: toda persona que vaya a realizar realice o haya realizado una actividad remunerada en un Estado del que no sea nacional".

32 Comité de las Naciones Unidas de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares. *Observación General No. 2: sobre los derechos de los trabajadores migratorios en situación irregular y de sus familiares*. Observación General, 28 de agosto de 2013.

33 Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969). Artículo 33.

34 Corte Interamericana de Derechos Humanos. B-32: *Estado de ratificaciones Convención Americana Sobre Derechos Humanos "Pacto de San José de Costa Rica"*. https://www.cidh.oas.org/Basicos/Basicos3.html (acceso: 7/02/2019).

35 Convención Americana sobre Derechos Humanos Eiusdem. Artículo 62.

36 *Eiusdem*. Artículo 28.

En este vigor, desde la perspectiva de la tortura, los tratos crueles, inhumanos o degradantes, intrínsecamente ligados a la no devolución, la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, en su artículo 13, dispone que no es procedente la extradición ni la devolución de una persona, "cuando haya presunción fundada de que corre peligro su vida, de que será sometido a tortura, tratos crueles, inhumanos o degradantes o de que será juzgada por tribunales de excepción o *ad hoc* en el Estado requirente"[37]. Existen otros instrumentos en el marco del SIDH, además de los ya citados, como la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre o la Convención sobre asilo territorial de Caracas[38] que hacen mención al principio analizado, haciendo su protección más reforzada.

## 2.3. Menciones en el ordenamiento jurídico ecuatoriano del principio a la no devolución

Existen menciones específicas del principio de no devolución en la legislación ecuatoriana. Estas responden directamente a la necesidad de adecuación normativa a los tratados internacionales mencionados previamente. La Constitución y la Ley Orgánica de Movilidad Humana (en adelante LOMHU) desarrollan el principio para el supuesto de la deportación o expulsión. La mención de rango constitucional es la siguiente:

> Art. 41.- Se reconocen los derechos de asilo y refugio, de acuerdo con la ley y los instrumentos internacionales de derechos humanos. Las personas que se encuentren en condición de asilo o refugio gozarán de protección especial que garantice el pleno ejercicio de sus derechos. El Estado respetará y garantizará el principio de no devolución, además de la asistencia humanitaria y jurídica de emergencia. No se aplicará a las personas solicitantes de asilo o refugio sanciones penales por el hecho de su ingreso o de su permanencia en situación de irregularidad[39].

Hay dos consideraciones preliminares sobre esta norma puesto que es de directa aplicación por parte de juzgadores y administradores públicos[40]. En primer lugar, hace énfasis en el principio *non-refoulement* como directriz para el ordenamiento jurídico del país; sin embargo, no desarrolla las causales o situaciones en las que aplica. De ello se infiere que este atiende a los estándares de no devolución de los tratados de derechos humanos de los cuales Ecuador es parte. En segundo lugar, la forma en la que está redactada la norma permite interpretar que los derechos al refugio, al asilo y el principio de *non-refoulement* son parte de la categoría de derechos de movilidad. No se interpreta que el principio en cuestión opera restrictivamente cuando haya un refugiado o asilado como sujetos de derecho.

37 Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura (1985). Artículo 13.

38 Otros instrumentos que hacen mención a la no devolución por separado o en correlación con la prohibición de la tortura, los tratos crueles, inhumanos y degradantes vid. Convención sobre asilo territorial de Caracas (1954). Artículo 3; Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948). Artículos 8 y 27; Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer (1994). Artículos 4 y 7; entre otros.

39 Constitución del Ecuador. *Eiusdem.* Artículo 41.

40 *Eiusdem.*

Por tanto, se puede alegar la no satisfacción del principio, en tanto el Estado no lo tutele respecto de una persona que pueda correr riesgo; sin que haya un reconocimiento *per se* del estatuto de refugiado. Por lo que el Estado es garante del principio de no devolución respecto de todas las personas que se determine que corran riesgo al ser devueltas. De esa manera, las autoridades estatales no deben permitir que personas con riesgo sean devueltas a su Estado de origen, antes d su entrada y después de la misma a territorio ecuatoriano.

En el capítulo sobre derechos de libertad en el artículo 66 numeral 14, la Constitución establece:

> El derecho a transitar libremente por el territorio nacional y a escoger su residencia, así como a entrar y salir libremente del país, cuyo ejercicio se regulará de acuerdo con la ley. [...]
> Las personas extranjeras no podrán ser devueltas o expulsadas a un país donde su vida, libertad, seguridad o integridad o la de sus familiares peligren por causa de su etnia, religión, nacionalidad, ideología, pertenencia a determinado grupo social, o por sus opiniones políticas.
> Se prohíbe la expulsión de colectivos de extranjeros. Los procesos migratorios deberán ser singularizados.

De forma más amplia, se reconoce el derecho de todo extranjero a transitar libremente por el territorio nacional con ciertas prevenciones. En primer lugar, como un claro desarrollo del estándar de la Convención Contra la Tortura, la no devolución tiene operatividad respecto de individuos que puedan sufrir violaciones contra derechos constitucionales en el país al cual serán devueltos[41]. En añadidura, se indica que no se podrá expulsar a personas de forma colectiva, lo cual evidencia un desarrollo de la Convención de los Trabajadores Migratorios[42]. La segunda prevención es un complemento necesario para el principio *non-refoulement*, puesto que una deportación se torna mucho más arbitraria, si no hay la posibilidad de ejercer el derecho a la defensa de forma individualizada.

En relación con la LOMHU, el principio ha sido empleado como piedra angular para la elaboración de la norma, tal como se evidencia en uno de sus preámbulos[43]. En este sentido el legislador ha decidido incluirlo como uno de los principios rectores en materia de movilidad y migración, tal como lo evidencia el artículo 2:

> No devolución. La persona no podrá ser devuelta o expulsada a otro país, sea o no el de origen, en el que sus derechos a la vida, libertad o integridad y la de sus familiares corran el riesgo de ser vulnerados a causa de su etnia, religión, nacio-

41 Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes. *Eiusdem*. Artículo 3.

42 Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de los Trabajadores Migrantes y sus Familias (1990). Artículo 22.

43 Ley Orgánica de Movilidad Humana. Registro Oficial 938 del 6 de febrero de 2017. Considerando sexto. "Que, el artículo 66, número 14, incisos segundo y tercero de la Constitución de la República reconoce y garantiza a las personas el derecho a transitar libremente por el territorio nacional, escoger su residencia, así como entrar y salir libremente del país, cuyo ejercicio se regulará de conformidad con la Ley. Garantiza la no devolución de personas a aquellos países donde su vida o la de sus familiares se encuentren en riesgo; y, prohíbe la expulsión de colectivos de extranjeros. Los procesos migratorios deberán ser singularizados."

> nalidad, ideología, género, orientación sexual, pertenencia a determinado grupo social, opiniones políticas, o cuando haya razones fundadas que estaría en peligro de ser sometida a graves violaciones de derechos humanos de conformidad con esta Ley y los instrumentos internacionales de derechos humanos[44].

El esquema que se ha diseñado en Ecuador es bastante completo y se puede resumir tomando en cuenta ciertos aspectos:

1. El país al que se expulsa o devuelve "sea o no el de origen". Esta consideración es relevante puesto que el administrador público competente no puede alegar que la expulsión será legítima, basándose en que la persona será expulsada a otro país y no al de origen.

2. Al mencionar "y la de sus familiares", extiende mucho más la protección de las personas, ya que en ciertas ocasiones la amenaza de vulneración de derechos puede no ser directamente contra el que la alega, sino contra su familia;

3. Con la frase "graves violaciones de derechos humanos", indica que, de haber evidencias de persistentes violaciones de derechos humanos en un país, no podrán ser expulsados. En el Sistema Universal de Derechos Humanos existen precedentes relevantes para ampliar la protección, por ejemplo, el caso del Comité Contra la Tortura *Njamba y Balikosa c. Suecia*. Dentro de aquella comunicación individual se determina que, por razones que exista un patrón de violación flagrante y masiva de derechos humanos, se debe abstener de devolver a determinado país[45].

4. Al mencionar "a causa de" se indica una serie de supuestos o categorías en los que se puede torturar o tratar de forma degradante en un país. El catálogo es amplio y la norma considera una vasta cantidad de grupos vulnerables; no obstante, se considera que es meramente ejemplificativo y no taxativo. Pueden desarrollarse nuevos grupos de atención prioritaria con las transformaciones sociales futuras o por definiciones más amplias del concepto de refugiado o asilado.

## 2.4. ¿Quiénes son sujetos de protección del principio de devolución a la luz del ordenamiento jurídico ecuatoriano?

Se han precisado varios instrumentos internacionales que reconocen el principio de *non-refoulement* y, al parecer, el sujeto de protección difiere por la especialización que tiene cada tratado, convenio o declaración. Términos como desplazado, trabajador migratorio, refugiado y solicitante de asilo se pueden vislumbrar; sin embargo, tal como está formulada la norma constitucional, que protege a "la persona", en

44 *Eiusdem*. Artículo 2.

45 Comité contra la Tortura. *Comunicación No. 322/2017: Njamba y Balikosa c. Suecia.* Decisión de 14 de mayo de 2010.

su artículo 66 numeral decimocuarto y el segundo de la LOMHU, se debe interpretar que la protección es de carácter universal. En el mismo contexto, el ámbito de protección goza de ciertos rasgos que deben ser analizados de forma individualizada dependiendo del caso y que son constantes en Ecuador y universalmente[46.]

En primer lugar, debe existir un peligro de persecución a causa de etnia, religión, nacionalidad, ideología, género, orientación sexual, pertenencia a determinado grupo social, por opiniones políticas, entre otros supuestos[47]. Como se mencionó en el acápite anterior, el estándar es bastante amplio y se pueden incluir nuevas categorías protegidas. Segundo, es menester que la situación de la persona que es protegida por el mandato tenga peligro de que algún bien jurídico protegido le será violado en caso de ser devuelto o expulsado a su país de origen o a otro.

## 3. Reglas generales a todas las garantías jurisdiccionales del Ecuador

En Ecuador, con la vigencia de la Constitución de 2008, se buscó, a la par del reconocimiento de varios derechos, contar con garantías que los hagan efectivos. La intención también implicaba que los sujetos de derechos no queden desprovistos de mecanismos para el ejercicio efectivo de los derechos[48]. En este aspecto, la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (en adelante LOGJCC), aprobada en octubre de 2009, reguló las garantías jurisdiccionales por medio de normas generales y de principios aplicados a los procesos constitucionales[49]. Así, es importante mencionar que las garantías jurisdiccionales son, "todas aquellas que emanan de los jueces que ejercen justicia constitucional"[50;] diferenciándose así de otras garantías constitucionales como las normativas que emanan principalmente del poder legislativo y de todos los órganos con potestad normativa[51]. De esta manera, se desprenden las normas comunes a las garantías jurisdiccionales reguladas en la citada ley, siendo su objeto

> la protección eficaz e inmediata de los derechos reconocidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de Derechos Humanos, la declaración de la violación de uno o varios derechos, así como la reparación integral de los daños causados por su violación[52].

46 Constantes que se encuentran presentes en el Convenio de Ginebra de 1951 sobre el Estatuto de Refugiados y en la Convención contra la Tortura.

47 Sobre las ideas que se analizan en este párrafo, *cfr.* Convención Americana sobre Derechos Humanos. *Eiusdem*. Artículo 1.

48 Vintimilla, Jaime. "La Justicia Constitucional Ecuatoriana en la Constitución del 2008." *Iuris Dictio*, Vol. 8, No. 12 (2009), pp. 41-42.

49 Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. Artículo 8. Registro Oficial No. 52 de 22 de octubre de 2009.

50 Ávila, Ramiro. *Las garantías normativas como mecanismo de protección de los derechos humanos.* Quito: Corte Constitucional para el Período de Transición, 2012, p. 188.

51 Constitución del Ecuador. *Eisudem*. Artículo 84.

52 Ley de Garantías Jurisdiccionales. *Eiusdem*. Artículo 6.

Con respecto a la competencia de las garantías analizadas, se establece que, "será competente cualquier jueza o juez de primera instancia del lugar en donde se origina el acto u omisión o donde se producen sus efectos"[53]. Es importante indicar que el *habeas corpus* se diferencia de otras garantías jurisdiccionales en cuanto a la competencia. En este aspecto, el juez competente para conocerlo será, "la jueza o juez del lugar donde se presuma está privada de libertad la persona"[54]. En su defecto, cuando no se conozca el lugar de privación de libertad, "se podrá presentar la acción ante la jueza o juez del domicilio del accionante"[55]. Por otra parte, la legitimación para presentar una garantía es abierta, siendo hábiles y legitimados, "a) [...] cualquier persona, comunidad, pueblo, nacionalidad o colectivo, vulnerada o amenazada en uno o más de sus derechos constitucionales, quien actuará por sí misma o a través de representante o apoderado; y, b) [...] el defensor del Pueblo"[56].

La LOGJCC dispone que el procedimiento referente a las garantías jurisdiccionales debe ser sencillo, eficaz y rápido; lo cual es consecuente, si nos referimos al objetivo de estas, siendo este la protección eficaz e inmediata de derechos constitucionales57. Por la calidad de sencillez y rapidez que recubre las garantías jurisdiccionales, las notificaciones procesales se pueden hacer por los medios más eficaces que tengan los jueces, el legitimado activo y pasivo a su alcance, prefiriéndose medios electrónicos[58]. Esto resulta útil al pensar en el *habeas corpus,* que frecuentemente versa sobre los derechos de personas privadas de libertad. En relación con los privados de libertad, las notificaciones comunes pueden ser tardías o ineficaces. Por eso, esta garantía implica, "un procedimiento lo suficientemente rápido como para conseguir la inmediata verificación judicial de la legalidad y las condiciones de la detención, y lo suficientemente sencillo como para que sea accesible a todos los ciudadanos"[59].

De la misma forma, la Ley en discusión expresamente prohíbe alegar normas procesales o demoras que retrasen el procedimiento[60]. A su vez, no es necesario contar con un profesional en Derecho para presentar la acción o recurso de apelación[61]. Por otra parte, en referencia al presente capítulo, es común a todas las garantías, la imposibilidad de presentar, "más de una vez la demanda de violación de derechos contra las mismas personas, por las mismas acciones u omisiones, y con la misma pretensión"[62].

53 *Eiusdem*. Art. 7.
54 *Eisudem*. Art. 43.
55 *Eiusdem*.
56 *Eiusdem*. Art. 9
57 *Eiusdem*. Art. 8.
58 *Eiusdem*. Art.4.
59 Suárez, Ángel y Delgado, Jerónimo. *Cabos de la Guardia Civil Temario*. Volumen III. Madrid: Mad, 2004, p. 32.
60 Ley de Garantías Jurisdiccionales. *Eisudem* Artículo. 4
61 *Eiusdem*. Art.8
62 *Eiusdem*.

En definitiva, las garantías constitucionales recogidas por la Constitución y desarrolladas por la LOGJCC, buscan la tutela efectiva de los derechos constitucionales, asegurando la supremacía constitucional[63]. Ante el caso de una vulneración de derechos, las garantías pretenden declarar su violación y su reparación integral. Específicamente, representan una concreción del derecho humano a tener un "recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que [...] ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales"[64]. Sin los mencionados recursos, los derechos recogidos en la Constitución, por más amplio que su repertorio represente, no serían justiciables, de tal manera que, "establecen los mecanismos jurídicos para acortar la brecha entre los derechos y la realidad"[65].

## 4. *Habeas corpus*

### 4.1. Reseña histórica

De tradición anglosajona, pero con fuerte arraigo del Derecho Romano, la garantía de *habeas corpus* nace como un real freno del abuso de poder estatal[66]. En un examen de los albores de la garantía jurisdiccional, el autor Domingo García hace mención a lo que el pretor romano Ulpiano contextualiza en uno de sus edictos sobre la libertad personal: "En ningún tiempo debe ser retenido con dolo malo un hombre libre, de tal suerte que algunos opinaron que no se ha de dar ni aun breve tiempo para exhibirlo, porque se debe responder de la pena del hecho pasado"[67]. Es esta, probablemente, la noción más cercana sobre *habeas corpus*, en la concepción actual sobre la garantía, pues se evidencia que no se puede detener a un sujeto de derechos sin una justificación previa y por la relación con el concepto que implica la exhibición del detenido.

El *habeas corpus*, en el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, por claros indicios históricos, fue recogido por primera vez en la Carta Magna de 1215 como un auténtico detente al poder de la monarquía

63 Constitución del Ecuador. *Eiusdem*. Artículo 4. "PRINCIPIO DE SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL. - Las juezas y jueces, las autoridades administrativas y servidoras y servidores de la Función Judicial aplicarán las disposiciones constitucionales sin necesidad que se encuentren desarrolladas en otras normas de menor jerarquía. En las decisiones, no se podrá restringir, menoscabar o inobservar su contenido".

64 Convención Americana sobre Derechos Humanos. *Eiusdem*. Artículo 25. En el Sistema Universal de Derechos Humanos, *vid*, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. *Eiusdem*. Artículo 2 numeral tercero. "Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a garantizar que: a) Toda persona cuyos derechos o libertades reconocidos en el presente Pacto hayan sido violados podrá interponer un recurso efectivo, aun cuando tal violación hubiera sido cometida por personas que actuaban en ejercicio de sus funciones oficiales."

65 Ávila, Ramiro. *Óp. cit.*, p. 183.

66 Tauber, Nicolás. *El Habeas Corpus en la Constitución de la Ciudad. En Azrak, Damián. Pensar la ciudad: comentarios a la Constitución porteña desde la igualdad, autonomía personal y derechos sociales.* Buenos Aires: Asociación de Derecho Administrativo de la Ciudad de Buenos Aires, 2018, pp. 384.

67 García, Domingo. "Orígenes del *habeas corpus*". *Revista de la Facultad de Derecho*, No. 31 (1973), pp. 48-51.

británica[68]. En la modernidad, esta acción es reconocida en una vasta cantidad de sistemas jurídicos, incluyendo el del Ecuador al que se hará referencia a continuación[69].

## 4.2. Antecedentes en el sistema ecuatoriano del *habeas corpus*

El ordenamiento legal ecuatoriano reconoce al *habeas corpus* a partir de la Constitución del año 1929 en su artículo 151 numeral sexto[70]. Se considera que, en este momento histórico, no se reconoce la garantía dentro de un plano jurisdiccional, sino en forma de derecho o garantía fundamental. ¿Qué implicaciones conlleva este reconocimiento? La activación procesal de la misma comprende ciertas causales taxativas y que, a la par, en aquel momento no existía regulación en cuanto a los sujetos que la podían accionar y dentro de ciertos plazos o términos. De acuerdo con la trayectoria histórica efectuada por parte de Alvarado y Robalino, los derechos tutelados por el *habeas corpus,* en este momento histórico, fueron los siguientes: vida, igualdad ante la ley, inocencia, libertad ambulatoria, seguridad legal, seguridad personal y procesamiento legal[71].

Luego, el siguiente hito relevante en la evolución jurídica de la regulación del *habeas corpus* ocurre con la limitación de tutelar dos derechos exclusivamente: libertad y seguridad personal. Esto ocurre en la Constitución de 1979[72]. Se considera que el alcance de la norma es amplio, puesto que se entienden incorporadas todas las categorías de libertad imaginables; por ejemplo, libertad de movilidad. Mencionan los autores en el análisis histórico que las constituciones de 1984, 1993, 1996 y 1998 "fueron sustancialmente iguales"[73] en cuanto a la regulación de la garantía.

Las dos últimas constituciones, la de 1998 y de 2008, contienen innovaciones peculiares. La Constitución de 1998 dirigía la competencia para presentar esta garantía y tramitarla a los alcaldes[74]. A su vez, respecto al análisis de las garantías en conjunto, el *habeas corpus*, bajo la antigua Carta Magna, era uno de los pocos medios para la tutela de derechos junto con el amparo y el *habeas data*[75].

Hoy por hoy, con la Carta Fundamental de 2008, se otorga la competencia a jueces ordinarios, en el caso de que los hechos que originan la vulneración del de-

68 BBC. *A Brief History of Habeas Corpus*, 9 de marzo de 2005. http://news.bbc.co.uk/2/hi/uk_news/magazine/4329839.stm (acceso: 17/01/2018).

69 En relación con la cantidad de sistemas que reconocen el *habeas corpu*s, *vid,* García, Domingo. "*Habeas corpus* el América Latina: antecedentes, desarrollo y perspectivas". *Iuris Dictio*, Vol 3, No. 7 (2003). Allí se recogen los antecedentes del *habeas corpus* en países como Chile, Brasil, Venezuela, España, México, Honduras, Argentina, Uruguay, Ecuador, Bolivia, Costa Rica, Colombia, Puerto Rico.

70 Constitución Política del Ecuador. Artículo 151. Registro Oficial No. 138 de 26 de marzo de 1929.

71 Alvarado, Santiago y Robalino, Vicente. *Manual de* habeas corpus *en el Ecuador.* Quito: Alvarado y Asociados. 2011, p. 4.

72 *Id.*, p.49.

73 *Id.*, p.17.

74 Constitución del Ecuador. Artículo 93. Registro Oficial No. 1 de 11 de agosto de 1998.

75 Grijalva, Agustín. Constitucionalismo en el Ecuador. Quito: Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional, 2012, p. 248.

recho provengan de particulares, administradores públicos, entre otros[76]. Por otro lado, en el supuesto que el juez ordinario sea aquel que presuntamente vulnere el derecho, los competentes para tramitar la causa serían jueces provinciales[77]. En definitiva, respecto del *habeas corpus* con la Constitución vigente se trató de desformalizar su esencia aún más, ampliando su ámbito de protección e incluso su legitimación activa[78]. Con lo planteado concuerda el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Así, el objeto del *habeas corpus* no solo protege a las personas contra detenciones arbitrarias realizadas por autoridades; además, su ámbito de protección protege a una persona contra cualquier privación arbitraria e ilegítima de libertad[79]. Se colige que el *habeas corpus* ya no solo protege el derecho de libertad, si no otros como la integridad física, la vida e incluso la prohibición contra la tortura, tratos crueles inhumanos o degradantes[80].

## 5. Dimensión actual de protección de la garantía jurisdiccional de *habeas corpus*

La garantía tiene una dimensión amplia; existiendo varias causales que posibilitan accionarla[81]. Es evidente que los derechos que se encuentran notoriamente reforzados con esta garantía son el de integridad física y de libertad en sus varias dimensiones[82]. No obstante, una noción equívoca daría a entender que el *habeas corpus* procede únicamente en procesos penales. Por el contrario, está presente en todos los hipotéticos en los que los derechos a la libertad y/o la integridad física se encuentren vulnerados[83].

Son tres grandes grupos en los que Alvarado y Robalino clasifican la posibilidad de accionar el *habeas corpus*: procedimientos preprocesales, procesos no penales y en procesos penales propiamente. Para la investigación únicamente se hará referencia a la particularidad de los procesos no penales. Dentro de esta categoría, coinciden además de los procesos de deportación, apremios personales por alimentos y detenciones por comparecencia[84].

De acuerdo con la Constitución, el ámbito de protección del *habeas corpus* o "que tengas el cuerpo"[85] es precautelar la libertad de los privados de libertad, "de forma ilegal, arbitraria o ilegítima, por orden de autoridad o de cualquier persona, […] proteger la vida y la integridad física de las personas privadas de libertad"[86].

76 Constitución de la República del Ecuador. *Eiusdem*. Artículo 89.
77 Aguirre, Blacio y Romero, Darwin. Habeas corpus *en la Legislación Ecuatoriana*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2016, p. 56.
78 Ley de Garantías Jurisdiccionales. *Eiusdem*. Artículo 4.
79 Corte IDH. Habeas corpus *bajo suspensión de garantías.* Opinión Consultiva OC 8-87, 30 de enero de 1987, párr. 36.
80 Grijalva, Agustín. *Óp. cit*, p. 254.
81 Ley de Garantías Jurisdiccionales. *Eiusdem*. Artículo 43.
82 Cordero, David y Yépez, Nathaly. *Manual (crítico) de garantías jurisdiccionales*. Quito: INREDH, 2015, p.110
83 Alvarado, Santiago y Robalino, Vicente. *Óp.cit.* pp.56-57.
84 *Id.*, p. 56
85 Amnistía Internacional. *Manual de acción contra la tortura*. Madrid: Amnistía Internacional, 2012, p.108.
86 Constitución del Ecuador. *Eiusdem*. Artículo 89.

Del citado artículo se desprenden los derechos objeto de protección: la vida, la libertad y la integridad física. Con relación a estos derechos, se materializan varias situaciones en las cuales se puede utilizar la garantía en discusión. Esta disposición es concordante con lo expuesto en la Opinión Consultiva OC-8/87 del 30 de enero de 1987 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos[87]. Así, el artículo 43 de la LOGJCC desarrolla con detalle los supuestos en los cuales los tres derechos mencionados pueden ser vulnerados. De esta manera, a la prohibición de ser privado de la libertad arbitrariamente, le acompaña la obligación de motivar la orden de detención por medio de un mandato escrito expedido por un juez competente.

Asimismo, el ámbito de protección del *habeas corpus* es vasto. Precisamente, este implica que las personas naturales no deben ser desterradas del territorio nacional, no ser desaparecidas forzosamente, no ser torturadas o sujetas a un trato cruel, inhumano o degradante, no ser incomunicadas o sometidas a tratos ultrajantes de la dignidad humana y no ser detenidas por deudas exceptuando el pago de pensiones alimentarias[88]. Igualmente, en caso de personas procesadas o condenadas privadas de libertad, implica su excarcelación inmediata, si su libertad se dispuso por un juez. Lo mismo es aplicable cuando ha caducado la prisión preventiva de acuerdo con los plazos establecidos en la ley[89]. Finalmente, implica que la persona debe ser presentada a un juez competente máximo veinticuatro horas tras su detención[90.]

El principio de no devolución es el eje central en el cual se sustenta la obligación internacional que los Estados deben respetar e incluye la no deportación, la cual implica

> [n]o devolver, extraditar, expulsar o entregar de cualquier otra forma a un extranjero a un Estado en donde corra un peligro cierto de ser sometido a tortura (o de ser privado arbitrariamente de la vida o sometido a esclavitud o servidumbre); o corra el riesgo cierto de ser entregado a un tercer Estado donde quede a su vez sometido a aquellos peligros.[91]

De esta manera, se reconoce y protege el principio de *non-refoulement* en el artículo 43 de la LOGJCC. Dentro del objeto de la garantía de *habeas corpus,* el citado artículo establece que es aplicable, "en caso de ser una persona extranjera, incluso antes de haber solicitado refugio o asilo político, no ser expulsada y devuelta al país donde teme persecución o donde peligre su vida, su libertad, su

87 La Opinión manifiesta que el *habeas corpus*: "tutela de manera directa la libertad personal o física contra detenciones arbitrarias, por medio del mandato judicial dirigido a las autoridades correspondientes a fin de que se lleve al detenido a la presencia del juez para que este pueda examinar la legalidad de la privación y, en su caso, decretar su libertad". (Corte IDH. *Óp.cit.*)

88 Ley de Garantías Jurisdiccionales. *Eiusdem*. Artículo 43.

89 *Eiusdem*.

90 *Eiusdem.* Artículo 44.

91 Pureza, José. *La protección internacional de los derechos humanos en los albores del siglo XXI*. Bilbao: Universidad de Deusto, 2004, p. 52.

integridad y su seguridad”[92]. Se deduce que en el supuesto en el cual una persona tenga un temor fundado de persecución puede accionar esta garantía para evitar que sea deportada o expulsada del Ecuador. Las categorías por las cuales existirá un temor son, “raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas”[93] o a su vez tema por su vida, integridad, seguridad o libertad. Se configura una protección preventiva de los derechos a la integridad física, libertad o vida, pero también de varios derechos conexos; que, de otra manera al ser expulsadas o deportadas, las personas extranjeras verían vulnerados.

## 6. Dimensión actual de protección de la acción de protección

La acción de protección tiene un diseño constitucional que desarrolla la garantía establecida por la Convención Americana sobre Derechos Humanos en su artículo 25 numeral primero:

> 1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.

En este respecto, se considera que la estructura de la acción de protección en la Constitución de 2008 es una real adecuación de lo que la Convención indica como un recurso idóneo para tutelar derechos fundamentales. De entrada, la acción de protección procede cuando no exista otra garantía para hechos que produzcan vulneraciones a derechos constitucionales[94]. La LOGJCC, en su artículo 39, delimita su objeto de la siguiente manera:

> La acción de protección tendrá por objeto el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución y tratados internacionales sobre derechos humanos, que no estén amparados por las acciones de *habeas corpus*, acceso a la información pública, *habeas data*, por incumplimiento, extraordinaria de protección y extraordinaria de protección contra decisiones de la justicia indígena[95.]

Así, a pesar de estar expresamente delimitada su protección de derechos, la procedencia de la acción de protección tiene un alcance impresionante puesto que se puede accionar ante una vasta cantidad de actos u omisiones de autoridades, servidores públicos y de personas privadas en ciertos casos establecidos en la LOGJCC, artículo 41 numeral cuarto[96]. En desarrollo de lo anterior, la garantía procede contra cualquier acción u omisión de una autoridad no judicial que reduzca, anule el goce o ejercicio de derechos constitucionales. A su vez, se puede

92 Ley de Garantías Jurisdiccionales. *Eiusdem*. Artículo 43.
93 Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951. *Eiusdem*. Artículo 1.
94 Ley de Garantías Jurisdiccionales *Eiusdem*. Artículo 39.
95 *Eiusdem*. Artículo 39.
96 Constitución de la República del Ecuador. *Eiusdem*. Artículo 436.

presentar contra las políticas públicas, contra actos u omisiones de quien preste un servicio público, que atenten a derechos y garantías o limite su goce y ejercicio[97]. De igual manera, cualquier acto u omisión de personas del sector privado que prestan servicios públicos impropios o de interés público, por delegación o concesión; que provoque daño grave o que la persona afectada esté en condición de subordinación frente a otra con poder sobre ella. Además, contra cualquier acto que implique discriminación[98].

En cuanto a la tutela del principio en análisis, cabe realizar ciertos cuestionamientos con el fin de determinar si es procedente una acción de protección. ¿Es procedente en cuanto a la protección del principio de no devolución? En efecto, sí es procedente puesto que el principio recae en el objeto o ámbito de protección de la acción de protección. Asimismo, está recogido en la Constitución y en diversos tratados internacionales de derechos humanos, a los cuales ya se ha hecho mención a lo largo del presente artículo. No obstante, Karla Andrade Quevedo, respecto de la aplicación práctica de la garantía, llegó a afirmar que el problema de la procedencia de la acción de protección es que no está claramente delimitado su ámbito de aplicación[99]. Esta amplitud en el catálogo de supuestos de aplicación podría llevar a ciertos errores o abusos, ya sea por parte de los accionantes o por parte de los operadores de justicia[100]. Como solución a esta amplitud y procurando delimitar las situaciones en las que se puede accionar una acción de protección, la Corte Constitucional del Ecuador, en uso de su facultad de "[e]xpedir sentencias que constituyan jurisprudencia vinculante respecto de las acciones de protección, [...] y demás procesos constitucionales"[101] ha dispuesto un filtro para que no existan abusos al plantear esta garantía. Así, complementando lo establecido en la LOGJCC y la Constitución, mediante el precedente jurisprudencial obligatorio No. 001-010-JPO-CC se dispone que, en supuestos de "mera legalidad", en los que existan vías administrativas o judiciales no procederá la acción de protección[102].

Al momento de accionar la garantía analizada se debe procurar identificar que esta sea sin duda la vía idónea para tutelar la aplicación de un derecho. Si el juez que sustancia la causa declara que no fue procedente, posteriormente no se podrá interponer otra garantía ya que se exige presentar la declaración de no haber interpuesto otra garantía como requisito[103]. La Corte Constitucional, en su jurisprudencia obligatoria, sostiene que la única vía para proteger la vulneración

97 *Eiusdem*. Artículo 39.
98 *Eiusdem*.
99 Andrade, Karla. *La acción de protección desde la justicia constitucional*. En Benavides, Jorge y Escudero, Jhoel (coords.). *Manual de justicia constitucional ecuatoriana*. Quito: Corte Constitucional Ecuador, 2013, pp.117-119. El inciso tercero del artículo 39 indica que: "No debe estar amparado por otra garantía jurisdiccional". Lo cual en la práctica conlleva que, cuando un derecho no tenga tutela, ya sea por el *habeas corpus*, *habeas data*, acción de acceso a la información, entre otros se podrá presentar la garantía de acción de protección.
100 *Id*, pp. 116-120.
101 Corte Constitucional del Ecuador, *Sentencia No. 001-16-PJO-CC*, Caso N.° 0530-10-JP, de 22 de marzo de 2016, p. 6.
102 Corte Constitucional del Ecuador, *Precedente Judicial Obligatorio No. 001-010-JPO-CC*, de 22 de diciembre de 2010, p.11
103 Ley de Garantías Jurisdiccionales. *Eiusdem.* Artículo 10.6.

derechos constitucionales es la acción de protección. Los jueces deberán, en primer lugar, determinar si se verifica o no vulneración de derechos constitucionales antes de sostener que existen vías idóneas. A continuación, se analizan los escenarios en que el principio de la no devolución puede ser vulnerado.

## 7. Órdenes de devolución mediante actos administrativos

La Carta Magna de 2008 reconoce los derechos de movilidad en Ecuador de forma garantista[104]. Resalta así un amplio estándar de protección en cuanto a derechos de movilidad, refugio, libertad de movilidad, principio de no devolución, entre otros[105]. En el mismo contexto garantista, el Estado ecuatoriano es parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos[106] y el Pacto Internacional de Derechos Civiles políticos[107], lo cual implica que los derechos contenidos en dichos tratados deben ser desarrollados en normativa interna[108]. A partir del desarrollo normativo de los derechos anteriormente mencionados, la competencia en materia de migración e inmigración está contemplada en la LOMHU[109], normativa que entró en vigor tras la derogatoria expresa de la Ley de Migración el 6 de febrero de 2016. En sí, el cambio trascendental radica en que se asignó mayor claridad al alcance de la deportación y se regula un auténtico procedimiento administrativo, indicando de forma explícita causales, la naturaleza del proceso y ciertas particularidades de este. Actualmente, la deportación fue diseñada como un verídico acto administrativo con efectos individuales y directos:

> Art. 141.- Deportación. Constituye la resolución administrativa mediante la cual la autoridad de control migratorio dispone el abandono del territorio nacional de una persona extranjera, la que no podrá reingresar al país por un plazo de tres años.
>
> La deportación se aplicará solamente bajo las causales establecidas por la presente Ley y guardando respeto estricto a las garantías del debido proceso consagradas en la Constitución[110].

Como complemento, el artículo 143 enuncia las causales para la deportación. Por lo tanto, el acto administrativo es reglado[111], siendo posible únicamente inadmitir a una persona por causales taxativas: "[s]erá deportada del territorio ecuatoriano la persona extranjera que incurra en cualquiera de las siguientes causales". De esta manera, la deportación es de forma inequívoca un acto administrativo dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano. El tratadista Agustín Gordillo, siguiendo la

104 Constitución de la República del Ecuador. *Eiusdem*. Artículo 40.
105 Eiusdem.
106 Corte IDH. B-32… *Óp. cit.*
107 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. *Eiusdem*. Artículo 2.
108 Convención Americana sobre Derechos Humanos. *Eiusdem*. Artículo 2.
109 LOMHU. *Eiusdem*. Artículo 1. Registro Oficial 938 del 6 de febrero del 2017.
110 *Eiusdem*. Artículo 143.
111 Reglamento a la LOMHU. Artículo. 139. Registro Oficial Suplemento No. 55 de 10 de agosto de 2017.

corriente Latinoamericana[112] sobre el acto administrativo que restringe los actos a solo individuales y no generales estableció que, "acto administrativo es una declaración unilateral de voluntad realizada en ejercicio de la función administrativa apta para producir efectos jurídicos particulares de manera directa"[113].

Se evidencia el carácter de declaración unilateral, puesto que el extranjero sobre el cual recae la deportación no tiene la posibilidad de emitir su voluntad para configurar el acto. El acto, de igual modo, es expedido por un órgano estatal actuando en ejercicio de su función administrativa[114]. Los efectos jurídicos son evidentes, puesto que la deportación es una manifiesta restricción legítima al derecho de libre movilidad imposibilitando que la persona deportada reingrese al país por un periodo de tres años[115]. Por último, los efectos recaen sobre una única persona natural, siendo imposible que recaiga sobre varios sujetos de forma simultánea. De lo que se infiere que toda orden de deportación debe ser individualizada y no se la podrá hacer de forma colectiva.

El acto administrativo de deportación es susceptible de ser impugnado y está sujeto a las reglas constitucionales del debido proceso. Subsumiendo el artículo 76 numeral séptimo literal m) de la Constitución que en lo esencial recoge el derecho a "recurrir" en todos los procedimientos que se decida sobre sus derechos. Se debe reconocer que la impugnación es una garantía aplicable incluso a los procesos de deportación. Cabe mencionar, para mejor entendimiento procesal de esta investigación, que en ciertos supuestos como la negativa de una solicitud de refugio, existirían instancias administrativas y judiciales por medio de las cuales se puede tutelar el principio en análisis. Supuestos que excluyen la posibilidad de accionar las garantías jurisdiccionales[116], las cuales se podrán accionar directamente si las vías mencionadas no son adecuadas o eficaces. Sin perjuicio, de lo explicado, el análisis a continuación toma en perspectiva este último presupuesto bajo el cual es necesario accionar las garantías jurisdiccionales para una tutela expedita de los derechos constitucionales que requieren eficacia y rapidez como en un caso de deportación.

## 7.1. Mecanismos para tutelar el principio de no devolución antes del ingreso de una persona al territorio ecuatoriano

De acuerdo con la LOGJCC en su artículo 43, uno de los presupuestos objeto del *habeas corpus* aplica, "en caso de ser una persona extranjera, **incluso antes de haber solicitado refugio o asilo político**, no ser expulsada y devuelta al país donde teme persecución o donde peligre su vida, su libertad, su integridad y su

112 Pérez, Efraín. *Manual de derecho administrativo*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2012, p.67.
113 Gordillo, Agustín. *Tratado de Derecho Administrativo. Tomo 8*. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2013, p.401.
114 Dromi, Roberto. *Acto Administrativo*. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 2008, pp.31-35.
115 LOMHU. *Eiusdem*. Artículo 142.
116 *Eiusdem*. Artículo 40.

seguridad" (énfasis añadido)[117]. Sin embargo, el mismo artículo citado precedentemente indica que el objeto del *habeas corpus* aplica respecto de una "persona privada o restringida de libertad". En este sentido, existe la posibilidad de una persona que se encuentre intentando ingresar al Ecuador. Por tanto, la persona no está privada o restringida de libertad en estricto sentido, y en cambio está ejerciendo el derecho al libre tránsito constitucionalmente reconocido. De esa manera, una persona amparada por el artículo 1 de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados[118] o a su vez con una aplicación *pro homine* de la LOGJCC, y que tema por su libertad, vida, integridad o seguridad, en virtud del principio de no devolución, puede acceder al territorio ecuatoriano aun sin haber presentado una solicitud de refugio. Es menester recalcar que uno de los ámbitos de protección del *non-refoulement* que ha tomado fuerza en los últimos años se refleja en no negar la entrada a una persona en la frontera, de tal manera que pueda ingresar al territorio nacional[119]. Así, en primera perspectiva, en función del artículo 43.5 de la LOGJCC, la garantía de *habeas corpus* protege a una persona que requiere ingresar al territorio del Ecuador a quien le sea negado su acceso por una orden administrativa, en aplicación *pro homine* de la ley.

En este aspecto, otra vía posible es que una persona extranjera, que tema por su vida, integridad, seguridad o libertad y que, a pesar de aquello, se le negase la entrada al Estado, podría utilizar el ingreso de manera irregular y posteriormente solicitar refugio o protección para lo cual no se le puede sancionar por esta entrada ilegal, como lo prescribe el artículo 76 del Reglamento a la LOMHU:

> No se impondrán sanciones penales o administrativas al solicitante de la condición de refugiado, por causa de ingreso o permanencia irregular en el territorio nacional, hasta la resolución definitiva de su solicitud por parte de la administración. La situación migratoria irregular de una persona que solicitó refugio no obstaculiza su acceso al procedimiento. En todos los casos, las autoridades garantizarán el principio de no devolución y los demás establecidos en la legislación interna e instrumentos internacionales sobre la materia.

---

117 Ley de Garantías Jurisdiccionales. *Eiusdem*. Artículo 43.

118 Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951. Eiusdem. Artículo 1. Definición del término "refugiado" A. A los efectos de la presente Convención, el término "refugiado" se aplicará a toda persona: 2 2) Que [...] debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, se encuentre fuera del país de su nacionalidad y no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera acogerse a la protección de tal país; o que, careciendo de nacionalidad y hallándose, a consecuencia de tales acontecimientos, fuera del país donde antes tuviera su residencia habitual, no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera regresar a él.
La LOMHU indica: Art. 98.- Persona Refugiada. Será reconocida como refugiada en el Ecuador toda persona que:
1. Debido a temores fundamentados de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, que se encuentre fuera de su país de nacionalidad, y no pueda o quiera, a causa de dichos temores, acogerse a la protección de su país, o que, careciendo de nacionalidad y hallándose fuera del país donde antes tuviera su residencia habitual, no pueda o no quiera regresar a él.
2. Ha huido o no pueda retornar a su país porque su vida, seguridad o libertad ha sido amenazada por la violencia generalizada, agresión extranjera, los conflictos internos, la violación masiva de los derechos humanos u otras circunstancias que hayan perturbado gravemente el orden público y no pueda acogerse a la protección de su país de nacionalidad o residencia habitual. LOMHU. Eiusdem. Artículo 98.

119 Gortázar, Cristina. *Derecho de asilo y "no rechazo" del refugiado*. Madrid: Universidad Pontificia Comillas Dykinson, 1997, pp. 289-305.

Ante ello, en el supuesto en que la autoridad estatal prive de libertad a un migrante que ingrese de manera irregular y solicite refugio, el *habeas corpus* es aplicable. Así, el solicitante de refugio puede accionar esta garantía para precautelar no solo el principio de no devolución sino evitar una detención arbitraria, expresamente prohibida por la LOMHU. Finalmente, la acción de protección, siendo la orden de negativa de ingreso un acto administrativo, puede ser accionada para garantizar la no devolución. Si bien podría entenderse que aún no se ha vulnerado el principio, la negativa de ingreso como se ha establecido es parte de su marco de protección. Por lo tanto, negar el ingreso de una persona en necesidad de protección implica vulnerar el principio de *non-refoulement*.

## 7.2. Mecanismos para tutelar el principio a la no devolución cuando la persona se encuentra en territorio ecuatoriano

Se debe indicar que, en Ecuador, el procedimiento por medio del cual una persona es deportada tiene el carácter de administrativo, con lo cual, para el constitucionalista Rafael Oyarte, puede existir conflicto entre el ámbito jurisdiccional y administrativo[120]. Así, se origina inquietud respecto al mecanismo más adecuado para la tutela efectiva del derecho a no ser devuelto al territorio en el cual existe riesgo para una persona individualmente. Esto teniendo en mente que la expulsión de un grupo o colectivo de personas está expresamente prohibida por la LOMHU bajo cualquier presupuesto.

De acuerdo con lo establecido, una orden de deportación se configura en un acto dispuesto por una autoridad administrativa. En este supuesto, de la simple lectura del artículo 41 de la LOGJCC, se puede inferir que la vía adecuada es la acción de protección. Sin embargo, dentro del objeto de la acción de *habeas corpus* se encuentra la tutela de la persona extranjera de no ser expulsada hacia un país donde peligre su vida, libertad, integridad y seguridad o donde tema persecución. En este aspecto, en esta última garantía coadyuva una ventaja trascendental respecto del tiempo en que se sustenta por sobre la acción de protección. Así, con la presentación de la acción de *habeas corpus,* el juez constitucional debe realizar la audiencia dentro de las veinticuatro horas siguientes. A su vez emitirá su sentencia, finalizada la audiencia y la notificará por escrito en las veinticuatro horas siguientes[121]. Así que, en dos días, una persona que pretende ser deportada puede encontrar en esta vía una acción expedita y evitar su expulsión hacia otro país.

Por otra parte, la acción de protección requiere que el juez califique la demanda dentro de las veinticuatro horas posteriores a su presentación, a su vez la audiencia se debe fijar dentro de los tres días tras la calificación de la demanda. La

120 Oyarte, Rafael. *Deportación de cubanos. Entrevista en Radio Majestad.* Entrevista llevada a cabo en Quito, Ecuador, 13 de julio de 2016.
121 Ley de Garantías Jurisdiccionales. *Eiusdem*. Artículo 44.

sentencia se emitirá oralmente finalizada la audiencia y por escrito en las cuarenta y ocho horas siguientes[122]. En conjunto son aproximadamente seis días los necesarios para obtener, de ser el caso, una respuesta favorable para sustentar el principio de *non-refoulement*. Por efectos de tiempo, se considera que la garantía de *habeas corpus* tiene una gran ventaja por sobre la acción de protección.

La acción de protección, al proteger derechos constitucionales, aplicaría en relación con el derecho constitucional de no devolución respecto de personas que no estén privadas de libertad; lo cual estrecha aún más la franja divisoria entre esta y el *habeas corpus*. Aun así, como se mencionó en el acápite anterior, el *habeas corpus* versa sobre personas privadas de libertad que en principio excluye a aquellos individuos que no se encuentran privados de libertad por parte de la autoridad o cualquier otra persona. Por el contrario, pueden ser extranjeros que solicitaron o no refugio en el país. En este aspecto, se considera que el ámbito de protección del *Habeas Corpus* puede ser aplicable debido a una interpretación extensiva y más favorable, a pesar de que la persona no se encuentra restringida de libertad. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha indicado que, "el *habeas corpus* tiene como finalidad no solamente garantizar la libertad y la integridad personales, sino también prevenir la desaparición o indeterminación del lugar de detención y, en última instancia, asegurar el derecho a la vida"[123]. Con relación a esta interpretación, el *habeas corpus* representa una vía idónea para garantizar el principio de no devolución. Así, por ejemplo, sería procedente cuando exista un temor fundado de persecución y a una persona no le sea posible o no quiera acogerse a la protección de aquel país donde existe el riesgo a causa del mencionado temor; o a su vez la persona extranjera con riesgo a su integridad o vida.

Con el mismo objetivo, las garantías jurisdiccionales buscan satisfacer la necesidad y obligación de existencia y eficacia de, "un recurso sencillo y rápido [...] efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución"[124]. Así, el *habeas corpus* debe representar un mecanismo eficaz que no sea rechazado ante formalidades, con lo cual se confirma su esencia expedita como lo reconoce la Constitución[125]. En definitiva, existe la necesidad de tutelar el principio universal y constitucional de no devolución. Para ello, en virtud de la informalidad que reviste a las garantías jurisdiccionales y los principios de simplificación, eficacia, celeridad y la prevalencia del derecho sustantivo, el *Habeas corpus* permite conseguirlo.

Otra vía identificada para tutelar el principio de no devolución recae en las medidas cautelares. Estas, en conjunto con otra garantía jurisdiccional o accionada

122 *Eiusdem*. Artículo 13.
123 Corte IDH. *Castillo Páez v. Perú*. Sentencia de fondo, 3 de noviembre de 1997, párr. 83. p. 22.
124 Convención Americana sobre Derechos Humanos. *Eiusdem*. Artículo 25.
125 Constitución de la República del Ecuador. *Eiusdem*. Artículo 11.

de forma autónoma, la cual tiene la finalidad de "evitar o cesar la amenaza o violación de los derechos reconocidos en la Constitución y en instrumentos internacionales sobre Derechos Humanos"[126]. Sin embargo, en el caso que las medidas cautelares autónomas no resulten favorables, la tutela del derecho se vería confrontada y en la verja de una vulneración; con lo cual la solución planteada de accionar el *habeas corpus* puede ser las más útil.

Con respecto a la acción de protección y en el supuesto bajo el cual una persona sea expulsada, sus representantes o cualquier otra persona, siendo esta acción *actio popularis*,[127] en atención a la practicidad y la tutela del derecho, puede accionarse puesto que el daño ha sido ya provocado. Sobre la base de esta consideración, esta garantía permite declarar la vulneración del derecho y una efectiva reparación integral por concepto de medidas de reparación por el daño material e inmaterial. Por otra parte, el *habeas corpus* no resultaría eficiente en este supuesto ya que este busca evitar esta situación, y al haber sido ya la persona expulsada, se configuraría una vulneración clara al derecho en cuestión.

De esta manera la acción de protección también entra a tutelar el principio de no devolución, desde la perspectiva del derecho que ya ha sido vulnerado.

## 8. Conclusiones

En respuesta al cuestionamiento inicial —¿en qué situación de hecho particular es procedente el *habeas corpus* en contraposición a la acción de protección, para tutelar el principio de no devolución? —[128], se debe recordar que las garantías jurisdiccionales están diseñadas como mecanismos vivos de protección de derechos. Por lo tanto, no hay formalismos procesales o plazos estrictos para emplear y de ello deviene su naturaleza expedita e informal. En definitiva, para el juzgador, en su rol de juez constitucional, es menester dar prevalencia al derecho sustantivo, esto ha sido establecido por la Corte Constitucional del Ecuador en la sentencia de No. 003-15-SCN-CC[129]. Asimismo, en uno de los principios para la aplicación de derechos indica lo siguiente en su parte pertinente: "El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios: [...] 4. Ninguna norma jurídica podrá restringir el contenido de los derechos ni de las garantías constitucionales"[130]. En relación con ello, el capítulo de la Constitución respecto a la administración de justicia precisa lo siguiente en su artículo 169: "El sistema procesal es un medio para la realización de la justicia […]. No se sacrificará la justicia por la sola omisión de formalidades"[131.]

126 Ley de Garantías Jurisdiccionales. *Eiusdem*. Artículo 26.

127 *Eiusdem*. Artículo 9.

128 El cual plantea los supuestos en los cuales de la acción de protección procede frente al *habeas corpus* para tutelar el principio de no devolución.

129 Corte Constitucional. *Sentencia de Control Constitucional No. 003-15-SCN-CC*. Sentencia de 11 de marzo de 2015.

130 Constitución de la República del Ecuador. *Eiusdem*. Artículo 11.

131 *Eiusdem*. Artículo 169.

Por lo expuesto y dependiendo de los factores en los cuales una persona puede ser deportada o se le pueda negar la entrada, se debe escoger la garantía jurisdiccional adecuada. Así, en el desarrollo del trabajo investigativo se ha sostenido el amplio ámbito de protección y supuestos en los cuales se puede accionar el *habeas corpus* y la acción de protección para la efectiva vigencia y amparo de los derechos constitucionales. Bajo esta perspectiva y en relación con el principio de *non-refoulement*, pueden existir situaciones que denoten una estrecha relación entre las garantías jurisdiccionales en análisis para la efectiva tutela del mencionado principio.

La garantía de *habeas corpus*, como se ha evidenciado, comprende un sinnúmero de situaciones bajo las cuales las personas pueden blindar sus derechos, entre los cuales se encuentra el principio de no devolución. Así, el *habeas corpus* aplica en definitiva cuando la persona está privada de libertad. Por ejemplo, es aplicable cuando un solicitante de refugio ingresa de manera irregular al Ecuador y es privado de libertad debido a ese ingreso irregular. Ahora bien, Ecuador es un Estado constitucional de derechos sumamente garantista, por lo que la aplicación de esta acción no puede ser estática y, en cambio, puede extrapolarse a situaciones bajo las cuales la persona extranjera no esté necesariamente privada de libertad. De esa manera, sobre la base de los estándares internacionales que indican que uno de los enfoques del principio de no devolución es el no cierre de fronteras a personas que requieran protección internacional, el *habeas corpus,* por medio de una interpretación *pro homine* de su ámbito de protección y de la LOGJCC, aplicaría en el caso de que una persona en busca de protección internacional trate de ingresar al país y no se lo permitan mediante un acto administrativo, a pesar de que no esté privada de libertad.

Por otra parte, la acción de protección no escapa a la gran cantidad de situaciones en que puede utilizarse para proteger a personas víctimas de violaciones de derechos constitucionales. Entre los cuales puede efectivamente custodiar la vigencia del principio de no devolución. Como se ha evidenciado, el proceso y la orden de deportación son claramente pronunciamientos de la autoridad por medio de un acto administrativo, el cual se configura unilateralmente sin que se tome en cuenta la voluntad de la persona sobre la cual versa dicho acto. Así, teniendo en cuenta la calidad de este acto, suponiendo que se hayan agotado los recursos administrativos y judiciales ordinarios, bajo el supuesto en el cual una persona requiera protección para no ser deportada a otro Estado; donde corra riesgo su vida, integridad, libertad y seguridad, la acción de protección, en principio, sería la garantía procedente en el supuesto de que la persona no se encuentre privada de libertad. Además, considerando que la orden de negativa de entrada se emite por autoridad administrativa, la acción de protección es procedente. Así, esta permitiría que las personas en necesidad de protección internacional ingresen en el país, siendo la prohibición de entrada de estas personas una vulneración al principio de no devolución.

Con todo, sobre la base de lo antes dicho, tomando en cuenta la finalidad del *habeas corpus* y que la no devolución es parte expresamente tutelada por esta garantía, recogida en la LOGJCC, el alcance del *non-refoulement*, una interpretación amplia y más favorable propia de todas las garantías jurisdiccionales, debe ser aplicable a pesar de que la persona no esté restringida de libertad. Al respecto, como se ha establecido el *habeas corpus* representa una ventaja importante en relación con el tiempo, por lo que, en los supuestos de negativa de entrada al país, en los cuales la persona no está privada de libertad, podría preferirse esta garantía por sobre la acción de protección.

Desde la perspectiva del derecho vulnerado, cuando ha ocurrido la violación al principio tratado, se considera que la vía más eficaz para restablecer el derecho sería la acción de protección. Principalmente porque el objetivo del *habeas corpus* es, bajo este aspecto, principalmente preventivo y, en este particular, la persona ya ha sido deportada o expulsada. Por lo cual, entre las dos opciones debatidas a lo largo del ensayo, la acción de protección permitiría el amparo y restablecimiento del principio de *non-refoulement* al existir vulneración del principio.

En definitiva, existe delimitación insuficiente respecto de los ámbitos de protección de las dos garantías jurisdiccionales estudiadas, de tal manera que se evidencia la necesidad de que se establezcan sus límites para una efectiva protección de derechos. Esto con el objetivo de ilustrar a las personas y jueces para que tengan convicción de cuándo y bajo qué presupuestos accionar y admitir una u otra garantía en referencia no solo al principio de no devolución sino a otros derechos constitucionales. Sin embargo, esta delimitación no puede resultar de ninguna forma en coartar la protección que proveen estas garantías, siendo el objetivo esclarecer su aplicación, mas no debilitarlas. De lo contrario como se ha reiterado, los derechos constitucionales quedarían desprovistos de cualquier efectividad al no contar con el recurso sencillo y eficaz que permita su efectiva vigencia y aplicación material.



# TORRES COBO

ABOGADOS


QUITO
Av. Naciones Unidas E2-30 - Edificio Metropolitan, Oficina 910
(+593)23617612

AMBATO
Castillo 729 y J.B Vela - Edificio Torresco, Piso 5
(+593)32421464

info@torrescobo.com
www.torrescobo.com

# ¿Vida privada o muerte a la privacidad?: protección de datos personales en la relación empresa-cliente en Ecuador

**María Alejandra Vera Saltos**
Universidad San Francisco de Quito USFQ, estudiante del Colegio de Jurisprudencia, Campus Cumbayá, Casilla Postal 17-1200-841, Quito 170901, Ecuador.
Correo electrónico: alevera97@hotmail.com

**María Belén Vivero Andrade**
Universidad San Francisco de Quito USFQ, estudiante del Colegio de Jurisprudencia, Campus Cumbayá, Casilla Postal 17-1200-841, Quito 170901, Ecuador.
Correo electrónico: mbelen.vivero@gmail.com

Recibido / Received: 12/03/2019
Aceptado / Accepted: 19/04/2019
DOI: 10.18272/lr.v6i1.1397

## Resumen
La globalización ha provocado el imparable desarrollo social y, particularmente, rápidos avances de la tecnología, exponiendo y dejando en situación de vulnerabilidad, ciertas esferas de la intimidad y privacidad de las personas. Los individuos han convertido en una práctica cotidiana, de manera voluntaria o no, el revelar sus datos personales. Los datos personales, en conjunto, constituyen información valiosa dependiendo del giro de cada negocio. Esto ha provocado que la captación de datos personales se convierta en un blanco principal de todas las empresas. En este contexto, en Estados Unidos o en la Unión Europea, la protección de los datos personales ha surgido como una respuesta jurídica, frente al desarrollo tecnológico, para preservar la legítima utilización de los datos personales. A continuación, se pretende analizar a la luz de la legislación ecuatoriana, la ambigua situación de la preservación de los datos personales en el Ecuador. Particularmente, el objetivo es enfocarse en el manejo de datos personales por parte de las empresas y esclarecer que son pocos los esfuerzos que se han realizado para proteger en este sentido a los consumidores.

## Palabras clave
datos personales; derecho a la protección de datos personales; cliente; empresa; derecho a la intimidad; derecho a la privacidad; *habeas data*; Derecho de Consumo; prácticas desleales; *marketing*.

## *Private life or death to privacy?: Data protection in Ecuador*

## Abstract
*Globalization has occasioned unstoppable social development and, particularly, fast innovation in technology, exposing and making intimacy and privacy extremely vulnerable. Individuals have made it a common practice, voluntarily or not, to reveal their personal data. Revealing personal data has become a common practice for everybody. This data, as a whole, constitutes valuable information depending on each firm's line of business. As a consequence, data gathering has become the main target of all firms. In such context, in the United States and the European Union, personal data protection has surfaced as a legal response to technological advances, to guard the legitimate use of said information. This paper aims to elucidate, from the perspective of the Ecuadorian legal system, the ambiguous and uncertain situation of personal data protection in Ecuador. Particularly, the goal is to focus on personal data management by firms and businesses and to clarify how limited the efforts to protect consumers in this sense are.*

## Keywords
*personal data; personal data protection; client; firm; right to be alone; right to privacy; habeas data; Consumer Law; unfair competition; marketing.*

## 1. Introducción

Los datos personales son "el nuevo petróleo de la internet y la nueva moneda del mundo digital"[1]. Esta descripción ilustra la relevancia del derecho a la protección de datos personales, respecto de la privacidad y la intimidad. En 2018, el diario estadounidense *The New York Times* publicó varios artículos sobre esta temática[2]. En estos precisamente se denuncia que la transferencia y manejo de datos se convirtió en un fenómeno imposible de ignorar, en Estados Unidos y en el mundo entero.

Aumentaron las protestas de los consumidores y los debates de los legisladores por el descubrimiento de cuán extensa, secreta e imparable llega a ser la recolección de datos[3]. Uno de los retos actuales de la sociedad, y sobre todo de las autoridades a escala mundial, es propulsar mecanismos idóneos y adecuados que regulen y controlen la utilización de datos personales y, al mismo tiempo, sancionen su uso malicioso.

Es de conocimiento general que, desde hace varios años, las empresas requieren transferir y manejar datos por el importante valor monetario que la información puede llegar a representar[4]. Las empresas aseguran que la recolección de datos se realiza a través de un intercambio voluntario. Si bien los consumidores proveen sus datos ¿qué reciben en compensación? Un reciente estudio publicado por la Universidad de Pensilvania, concluye que, en realidad, los consumidores generalmente no entienden las implicaciones de conceder "libremente" sus datos. Incluso se da que, en ocasiones, ni siquiera son conscientes de que están concediendo sus datos, ya sea por costumbre, por resignación o por desconocimiento[5].

El objetivo del presente artículo es demostrar el impacto y la relevancia práctica que tiene la protección de los datos personales de los clientes en la relación cliente-empresa. En primer lugar, la presente investigación pretende realizar un acercamiento al funcionamiento y formación de la relación cliente-empresa. Posteriormente, se hará un análisis respecto de las nociones introductorias que resultan claves para entender la importancia de la protección de datos y su contenido. Así, la finalidad de este artículo será hacer una revisión de la normativa vigente en Ecuador y de los mecanismos disponibles para la protección de datos personales.

1 Remolina-Angarita, Nelson. "¿Tiene Colombia un nivel adecuado de protección de datos personales a la luz del estándar europeo?" *International Law*: *Revista Colombiana de Derecho Internacional*. No.16 (2010), p. 492.

2 *Vid*. Dance, Gabriel J. X et al. "Todo lo que Facebook compartió con empresas pese a prometer más privacidad". *New York Times*, 19 de diciembre de 2018. https://www.nytimes.com/es/2018/12/19/facebook-privacidad/ (acceso: 10/03/2019); Rosenberg, Matthew y Dance, Gabriel J.X. "Así funcionaba la recolección de datos de Cambridge Analytica". *New York Times*, 10 de abril de 2018. https://www.nytimes.com/es/2018/04/10/facebook-cambridge-analytica/ (acceso: 10/03/2019); Wakabayashi, Daisuke. 2018. "¿Cómo funciona el algoritmo de búsqueda de Google?". *New York Times*, 7 de septiembre de 2018. https://www.nytimes.com/es/2018/09/07/google-algoritmo-busqueda-trump/ (acceso: 10/03/2019); Valentino-Devries, Jennifer y Singer, Natasha. 2018. "No dejes que las empresas sepan tu ubicación". *New York Times*, 11 de diciembre de 2018. https://www.nytimes.com/es/2018/12/11/como-desactivar-ubicacion-apps/ (acceso: 10/03/2019).

3 Maheshwari, Sapna. "Para compartir tus datos en línea, suspira y da clic aquí". *New York Times*, 27 de diciembre de 2018. https://www.nytimes.com/es/2018/12/27/privacidad-compartir-datos/ (acceso:27/02/2019).

4 *Cfr*. Turow, Joseph *et al*. *Divided We Feel*. 2018.https://www.asc.upenn.edu/sites/default/files/documents/Turow-Divided-Final.pdf (acceso: 27/02/2019).

5 *Ibid*.

## 2. ¿Cómo funcionan las relaciones cliente- empresa?

Para organizar sus esfuerzos y recursos en el ámbito económico, los seres humanos han optado por conformar empresas[6]. En la búsqueda de la eficiencia, a través de los años, se ha vuelto evidente que emprender esfuerzos desordenados, con fines económicos, genera más pérdidas que ganancias. Para el presente trabajo conviene establecer que una empresa es una "institución de orden eminentemente económico, que se caracteriza por tratarse esencialmente de una organización de capital y trabajo con fines que le son propios y que la diferencian de otras instituciones económicas"[7]. Tales fines, dentro de esta estructura de organización que conocemos como empresa, se concretan en "la producción de bienes y servicios para la satisfacción de las necesidades de la comunidad […] y de la empresa misma"[8]. En síntesis, es claro que los esfuerzos del ser humano para volverse productivo lo han conducido a desempeñar "una actividad económica organizada, con la finalidad de actuar en el mercado de bienes y servicios"[9].Visto el concepto de empresa que resulta pertinente para el presente trabajo, es menester ahondar en uno de sus componentes fundamentales: sus clientes.

No es exagerado sostener que la relación empresa-cliente es uno de los eslabones fundamentales de la existencia y funcionamiento de todas las compañías. Al ser componentes receptores de los esfuerzos entablados por las diversas firmas, los consumidores y, específicamente, su manera y términos de relacionarse con la empresa, son determinantes para el funcionamiento del mercado. La significancia del cliente para la empresa es la de un "socio en el proceso de prestación del servicio [u oferta de bienes], que aporta diferentes experiencias, actitudes, emociones, necesidades y problemas a cada situación"[10]. A pesar de que un cliente puede comprender una persona, ya sea natural o jurídica, para efectos prácticos es sensato asumir que, al hablar de clientes, se hace referencia a personas naturales y se excluye a las personas jurídicas[11], al no poseer derechos personalísimos.

Una vez establecida la relación existente entre la empresa y el cliente, es adecuado explorar los procesos que permiten su formación. Si bien estos acercamientos comienzan de manera espontánea en la historia, hoy existen ramas enteras de la gestión empresarial que se dedican a estudiar cómo propiciarlos. La mercadotecnia o *marketing* es una de las ramas más afines al estudio de las relaciones entre clientes y empresas que, más allá de solamente observarlas, busca fomentarlas de manera artificial y, sobre todo, mantenerlas a largo plazo. Estos objetivos se persiguen a

6 Para efectos del presente análisis se empleará los términos empresa, firma, compañía y sociedad como sinónimos.

7 Adriasola Navarrete, José Manuel. *La transformación de la empresa*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1971, p. 19.

8 Carrillo Tomic, Eduardo y Carrillo Tomic, Julio. *Tributación normal a la renta de las empresas de Chile y en la legislación comparada*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile. 1968, s.p. Citado en Adriasola Navarrete, José Manuel. *Óp. cit.*, p. 19.

9 Uría González, Rodrigo. *Derecho Mercantil.* Madrid: Silverio Aguirre Torre, 1962. Citado en Adriasola Navarrete, José Manuel. *Óp. cit.*, p. 20.

10 Shaw, John C. *Gestión de servicios: la consecución del éxito en empresas de servicios mediante el desarrollo de planes.* Madrid: Díaz de Santos, 1991, p. 38.

11 Reglamento (UE) 2016/679. (2016). Considerando 14 y 27.

través de "sistema total de actividades de negocios ideado para planear productos satisfactores de necesidades, asignarles precios, promover[los] y distribuirlos a los mercados meta, a fin de lograr los objetivos de [una] organización"[12].

Se busca enganchar a un cliente para proveerle un producto o servicio que tenga valor para este y, posteriormente, mantener ese cliente. Un esquema de formación de relaciones cliente-empresa se da, según la doctrina del *marketing* relacional, mediante cuatro fases, que son las siguientes: i) atraer, mediante un llamado de atención que conquiste al cliente; ii) vender el producto cerrando el trato con el cliente y, entregándole a cambio de la respectiva contraprestación, el bien/servicio ofertado; iii) satisfacer, cumpliendo las expectativas del cliente de tal forma que este tiende a repetir la experiencia; y, iv) fidelizar, mantener al cliente como consumidor permanente e incluso promotor indirecto de la empresa[13].

Sin embargo, la mercadotecnia, más allá de enfocarse únicamente en la difusión de productos o servicios, realiza un arduo trabajo a favor del componente consumidor. Esta especialidad observa constantemente la "ciencia de seleccionar mercados meta y de atraer y retener clientes mediante la generación, entrega y comunicación de un valor superior"[14]. Cabe preguntarse, entonces, ¿qué factor de una empresa hace que un cliente quiera quedarse?

En primer lugar, que surja el deseo de quedarse o apegarse a un determinado operador, prefiriéndolo por encima de otros, denota que se ha alcanzado una de las grandes metas de cualquier empresa: la fidelización de sus clientes. Para cumplir con este cometido, es esencial la transmisión de "valores que hagan que el comprador actual o potencial [...] elija en la mayoría de [sic] ocasiones y sienta la suficiente confianza en ella [la firma proveedora del bien o servicio] como para recomendarla a sus amigos y conocidos"[15]. Esto se da a través de un proceso en el que se busca "gestionar el valor percibido por el cliente para conseguir su satisfacción y luego su lealtad"[16].

Evidentemente, mantener un cliente asegura réditos, pero la finalidad de las estrategias de fidelización excede tal aspecto. Un cliente fiel representa beneficios tales como la obtención de mayores ventas, cantidades de compra media superior, con menores costes de transacción, mejor oportunidad de predictibilidad frente a las actitudes del consumidor, menor sensibilidad del cliente a incrementos en el precio, entre otros[17].

---

12 Stanton, William; Walker, Bruce y Etzel, Michael. *Fundamentos de marketing*, decimocuarta edición. México D.F.: McGraw Hill/ Interamericana de México, 2007, p. 7.

13 *Cfr*. Chiesa, Cosimo. *CRM: Las 5 pirámides del marketing relacional: Cómo conseguir que los clientes lleguen para quedarse*. Barcelona: Deusto, 2009, p. 33 y ss.

14 Kotler, Philip y Keller, Kotler. *Dirección de Marketing*. México D.F.: Pearson Educación, 2006, p. 31.

15 Sainz de Vicuña Ancín, José María. *La distribución comercial: opciones estratégicas*. Madrid: ESIC, 2000, p. 424.

16 *Id*., p. 426.

17 *Cfr*. Martínez Martínez, Inmaculada. *La comunicación en el punto de venta: estrategias de comunicación en el comercio real y on-line*. Madrid: ESIC, 2005, p. 181.

En este sentido, la ciencia del mercadeo ha desarrollado diferentes métodos de acercamiento y enganche al cliente. Existen diversas corrientes que evidentemente dependerán de la industria de que se trate y del mercado objetivo. No obstante, es claro que cualquier empresa debe contar con mecanismos para atraer y mantener clientes que, eventualmente, puedan servir, incluso, como embajadores del bien o servicio que se provee. Entre algunos componentes que un buen programa de fidelización debería tener, se encuentran: metas, grupos objetivos, correcta elección de beneficios ofrecidos, conceptos financieros realistas y claros, procesos definidos y funcionales, integración con otras ramas de la compañía, indicadores de éxito, comunicación y tecnologías de información[18].

Estos últimos componentes son cruciales y representan un reto en materia de protección de datos, ya que los medios para mantener y atraer clientes implican la necesidad de tener acceso a la esfera de privacidad de los consumidores. Los diferentes medios de comunicación juegan un rol crucial para el contacto cliente-empresa, hoy predominan mecanismos como el internet, por ser relativamente sencillo que el usuario proporcione información sin siquiera darse cuenta de lo que está haciendo[19]. Indudablemente, no se quedan atrás, estrategias tradicionales como la recepción de datos vía presencial.

Con todas estas prácticas sobre la mesa, es evidente que cada vez hay más tela que cortar en tema de protección de datos y derechos del cliente; la problemática es bastante clara. Se genera un debate entre "la capacidad de la empresa de obtener los máximos resultados en base [sic] al potencial de información adquirible sobre los clientes y el derecho a la privacidad de estos para mantener la confidencialidad de aquellos datos considerados más íntimos o simplemente personales"[20].

Este esquema en su totalidad es una entrada abierta que tienen los operadores económicos para invadir la esfera de privacidad de sus clientes. Si bien la decisión de abrirla o no pareciera estar en manos de los clientes, esto no siempre funciona de esta manera. Por ello cabe preguntarse, una vez abierta esta puerta ¿cuál es el siguiente paso? ¿Acaso puede controlarse aquello que entra y aquello que sale del ámbito privado de cada individuo? O significa que, como ha expresado *The Economist* "¿la gente tendrá que empezar a asumir que simplemente no tiene privacidad?"[21].

18 *Cfr.* Butscher, Stephen. *Customer Loyalty Programmes and Clubs*. Londres: Routledge, 2017, p. 7-8.

19 Ziesak, Jrg. *The Dark Side of Personalization: Online Privacy Concerns Influence Customer Behavior.* Alemania: Anchor Academic Publishing, 2013, p. 4.

20 Alet, Josep. *Marketing directo e interactivo: Campañas efectivas con sus clientes.* Madrid: ESIC, 2007, p. 122.

21 The Economist. "The end of privacy". *The Economist,* 29 de abril de 1999. https://www.economist.com/leaders/1999/04/29/the-end-of-privacy (acceso: 23/03/2019).

## 3. Nociones introductorias a la protección de datos personales

El objetivo de esta sección es responder la interrogante planteada previamente. No existen ni fronteras ni obstáculos para el desarrollo de la tecnología y la comunicación en el contexto de la globalización[22]. Este fenómeno no pretende crear una sola comunidad, al contrario, refleja la aparición de incontables redes y sistemas de interacción e intercambio a escala mundial[23]. Una de sus consecuencias más grandes es el surgimiento de la era de la revolución informática, que trajo consigo nuevas técnicas de procesamiento de datos personales: formas más rápidas, eficaces y económicas de almacenarlos, transportarlos y manejarlos[24]. Así, es indispensable entender desde sus nociones más básicas por qué y qué tan trascendente resulta que las empresas tengan acceso y manejen los datos personales de sus clientes.

### 3.1. ¿Qué son los datos personales?

El vocablo dato como se entiende hoy, se origina del término en latín *datum*, que significa: "Antecedente necesario para llegar al **conocimiento exacto de una cosa** o para deducir las consecuencias legítimas de un hecho" (énfasis añadido)[25]. Como afirma Puccinelli, la palabra dato se refiere "a un elemento circunscripto y aislado [...], que no alcanza a tener el carácter de información, pues, para que se transforme en ella, se requiere la interconexión de esos datos de manera que, vinculado, se conviertan en una referencia concreta"[26]. Precisamente, los seres humanos son ese "objeto" respecto del cual las empresas compilan y registran datos, desde su primera interacción, para crear un historial cronológico de todos sus antecedentes, hábitos, experiencias y conductas. Hoy por hoy, para que una empresa compita en el mercado, necesitará mucho más que los datos públicos de sus consumidores.

Los datos tienen el carácter de personales en la medida que permiten crear perfiles y deducir inferencias que son atribuibles a un único consumidor[27], lo que permite diferenciarlo de cualquier otro individuo en un determinado mercado objetivo. En este sentido, el concepto de datos de carácter personal se define como "toda información numérica, alfabética, gráfica, fotográfica, acústica o de cualquier otro tipo, susceptible de ser recogida"[28], en este caso en particular, por

22 *Cfr*. Palfrey, Jonh y Gasser, Urs. *Born Digital: Understanding the First Generation of digital Natives*. New York: Basic Book, 2008, p. 44.

23 Mc Grew, Anthony *et al. Transformaciones globales: política, economía y cultura.* México: Oxford University Press, 2002, p. 53.

24 *Cfr*. Uicich, Rodolfo Daniel. *Los bancos de datos y el derecho a la intimidad*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1999, p. 14.

25 Esta es la definición y el origen exacto de la palabra dato que consta en el diccionario de la Real Academia Española. Para introducir el concepto el autor citado a continuación la emplea también. (Cesario, Roberto. *Habeas data. Ley 25.326*. Buenos Aires: Universidad, 2001, p. 24.)

26 Puccinelli, Oscar Rául. *El habeas data en el constitucionalismo indoiberoamericano finisecular. En El amparo constitucional.* Buenos Aires: Depalma, 1999, p. 189.

27 *Cfr.* Delpech Fernández, Horacio. *Internet: Su problemática jurídica*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2001, p. 210.

28 Hernández-Delgado, Vicente. "Referentes legales para un marco protector de datos personales" *Revista Ra Ximhai*, Vol. 2 (2006), p. 568.

una empresa. A su vez, como un precedente para las legislaciones del mundo, por cuanto es la primera vez que se reconoce de manera tan amplia el concepto de datos personales, el Parlamento Europeo y el Consejo de la Unión Europea precisó que son:

> **[T]oda información sobre una persona física identificada o identificable** ("el interesado"); **se considerará persona física identificable toda persona cuya identidad pueda determinarse, directa o indirectamente, en particular mediante un identificador,** como por ejemplo un nombre, un número de identificación, datos de localización, un identificador en línea o uno o varios elementos propios de la identidad física, fisiológica, genética, psíquica, económica, cultural o social de dicha persona (énfasis añadido)[29].

Los datos personales pueden clasificarse de diversas maneras o en función de su origen, contenido, uso. Para efectos de este análisis, interesa diferenciar el dato anónimo del dato nominativo, que es aquel que permite la personalización de una persona[30]. A su vez, el dato nominativo puede no ser sensible cuando la información que se divulga estaba destinada a ser pública[31], como el número de cédula de cualquier individuo. Esto en teoría no generaría ningún riesgo de vulnerar derechos. No obstante, cuando las empresas manejan datos destinados a ser privados y, por ejemplo, se entrometen directamente en la intimidad de sus clientes, pueden llegar a generar perjuicios o incluso discriminación por tratarse de información delicada. Por esto, es de particular preocupación el manejo de datos personales nominativos sensibles por parte de las empresas, que buscan maximizar sus beneficios, sin perjuicio de la afectación a la privacidad de sus clientes.

## 3.2. La protección de datos personales

Actualmente, en una escala sin precedentes, los avances tecnológicos permiten que entidades privadas y públicas utilicen datos personales a la hora de realizar sus diferentes actividades. Hace siglos despertó la ambición del ser humano por alcanzar un nivel superior de control y de conocimiento, respecto de la información de la vida privada de las personas[32]. Por esta razón, la protección de datos se estudia partiendo de la necesidad humana de proteger parcelas de libertad individual. El enfoque está encaminado a proteger los datos de personas físicas, es decir, personas naturales específicamente que llegan a cosificarse por el mal uso de la tecnología[33].

29 Reglamento (UE) 2016/679. (2016). Artículo 4.1.

30 *Cfr.* Uicich, Rodolfo Daniel. *Óp. cit.*, p.47.

31 Pierini, Alicia; Lorences, Valentina y Tornabene, María Inés. *Habeas data: derecho a la intimidad*. Buenos Aires: Universidad, p. 25.

32 *Cfr.* Rojas Bejarano, Marcela. "Evolución del Derecho de Protección de Datos Personales en Colombia respecto a estándares internacionales". *Novum Jus*. Vol. 8, No. 1 (2014), p. 128.

33 Podría ser una aclaración innecesaria, sin embargo, se protege a personas físicas vivas, tomando en consideración que los derechos personalísimos no son transmisibles. (*Cfr.* Bejar, Helena. *El ámbito de lo intimo. Privacidad, individualismo y modernidad.* Madrid: Alianza, 1995, p. 34.)

La falta de control y, por ende, la mala utilización de los datos personales resulta ser atentatoria contra los derechos fundamentales de los seres humanos. En un primer momento, para entender la importancia del derecho a la protección de datos, es indispensable hacer un acercamiento al concepto de derecho a la privacidad y el derecho a la intimidad. El derecho a la intimidad entendido como la facultad "destinada a salvaguardar un determinado espacio con carácter exclusivo, y que consistía en un derecho del individuo a la soledad"[34]. Como lo señala Martínez de Pisón Cavero, la intimidad

> hace alusión siempre a algo que es cercano al individuo, ya sea porque le es próximo o porque es algo propio, interno al mismo, que surge de él y que proyecta su entorno. Suele hablarse, por ello, de la existencia de una esfera individual, de una vida privada, en la que solo cada persona es quién para decidir que [sic] le afecta, sin tener que tolerar ningún tipo de intromisiones[35].

Por otro lado, el derecho a la privacidad desde sus orígenes, "adquiere una connotación amplia, caracterizada por el rechazo de toda intromisión no consentida en la vida privada"[36]. Originalmente se entendía que esta intromisión se daba por parte del Estado y los medios de comunicación. En este sentido, la teoría que expusieron Warren y Brandeis es una de las más influyentes de la historia del derecho anglosajón. Es la primera en dar una noción *per se* de *right of privacy*, explicando su relevancia en los siguientes términos:

> […] *The intensity and complexity of life, attendant upon advancing civilization, have rendered necessary some retreat from the world, and man, under the refining influence of culture, has become more sensitive to publicity, so that solitude and privacy have become more essential to the individual; but modern enterprise and invention have,* ***through invasions upon his privacy, subjected him to mental pain and distress, far greater than could be inflicted by mere bodily injury*** […] (énfasis añadido)[37].

En este sentido, Jed Rubenfeld explica que el derecho a la privacidad se sustenta en la autodeterminación, porque se basa en "«*the right to make choices and decisions which*», *it is said, forms the* «*kernel of autonomy*»"[38]. Mientras que Uicich siguiere que "el concepto de derecho a la intimidad incluye también el derecho a supervisar a quienes tienen la información excediendo el mero derecho a ser dejado solo"[39]. Es evidente que es muy fina la línea que distingue el derecho a la privacidad del derecho a la intimidad. Como manifiesta Pérez Luño, no se ha logrado definir unánimemente estos conceptos; su evolución ha dependido de

34 Traducción libre. Solove, Daniel. "Conceptualizing Privacy". *California Law Review*. Vol. 90 (2002), p. 1126-1146.
35 Martínez de Pisón Cavero, José María. *El derecho a la intimidad en la jurisprudencia constitucional*. Madrid: Cívitas, 1993, p. 27.
36 Saldaña, María Nieves. "«The right to privacy». La génesis de la protección de la privacidad en el sistema constitucional norteamerciano: el centenario legado de Warren y Brandeis". *Revista de Derecho Político*. No. 85 (2012), p. 200-201.
37 Warren, Samuel y Brandeis, Louis. "The Right to privacy". *Harvard Law Review.* Vol. 4, No. 5 (1890), p. 194-220.
38 Rubenfeld, Jed. "The right of Privacy". *Harvard Law Review*. Vol. 4 (1989), p. 751.
39 *Cfr.* Uicich, Rodolfo Daniel. *Óp. cit.*, p. 33.

factores culturales, sociológicos, y temporales[40]. Para efecto del presente análisis[41], ha sido ineludible ampliar el concepto de derecho a la privacidad, abarcando la noción del derecho a la intimidad.

Ahora, la noción de protección de datos se entiende que es este segmento de la legislación destinado a proteger los derechos fundamentales inherentes a la libertad de los seres humanos, en particular el derecho a la intimidad individual, respecto del procesamiento de datos, sea manual o automático. El derecho a la protección de datos debe ser considerado como autónomo e independiente. Su trascendencia recae en que su espectro de protección abarca más que la protección individual y concierne el cómo interfieren terceros, como los distintos operadores económicos. Esto quiere decir que se establece la capacidad del individuo, particularmente del consumidor, para decidir sobre su propia información personal[42]. Como lo mencionó el Tribunal Constitucional Español:

> La función del derecho fundamental a la intimidad [...] es la de proteger frente a cualquier invasión que pueda realizarse en aquel ámbito de la vida personal y familiar que la persona desea excluir del conocimiento ajeno y de las intromisiones de terceros en contra de su voluntad [...]. En cambio, el derecho fundamental a la protección de datos persigue garantizar a esa persona un poder de control sobre sus datos personales, sobre su uso y destino, con el propósito de impedir su tráfico ilícito y lesivo para la dignidad y derecho del afectado[43].

Por lo tanto, es legítimo reconocer que los datos son bienes *per se* y, por ende,"se trata de aprehender el concepto de dato como un producto o un servicio, como un bien en sí mismo; es decir, como algo que tiene valor económico y jurídico propio"[44]. Sin embargo, el verdadero peligro no se origina de la mera recopilación de datos, sino del manejo abusivo que puedan tener los terceros y, por ende, el hecho de que las personas pierden la capacidad de disponer sobre ella[45]. En síntesis, el derecho a la protección de datos personales recoge un conjunto de derechos, principios y garantías previamente establecidas. Tiene como objeto precautelar, proteger y reparar por el daño a quienes podrían resultar lesionados por la mala utilización de su información.

40 *Cfr*. Pérez Luño, Antonio Enrique. *Los derechos fundamentales*. Madrid: Tecnos, 2004, p.45.

41 Más adelante, se expondrá que, en la legislación ecuatoriana, la diferencia entre el derecho a la privacidad y el derecho a la intimidad es muy sutil, tanto que se utilizan ambos términos indistintamente en las diferentes normas.

42 *Cfr*. Tejerina Rodríguez, Ofelia. *Protección de datos y seguridad de Estado*. Tesis doctoral. Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2012, p. 45.

43 Tribunal Constitucional Español. *Sentencia 292/2000*. Sentencia, 30 de noviembre de 2000.

44 Cesario, Roberto. *Óp. cit.*, p. 24.

45 *Cfr*. Benda, Ernesto. *Dignidad humana y derecho de la personalidad. En Manual de Derecho Constitucional*, segunda edición. Barcelona: Marcial Pons, p. 131. Citado en García, Aristeo. "La protección de datos personales: derecho fundamental del siglo XXI. Un estudio comparado". *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*. No. 120 (2007), p. 762.

# 4. Contexto ecuatoriano

En el escenario internacional, se discute permanentemente la inminente necesidad de desarrollar normativa que regule la protección de los datos personales; tomando en cuenta los derechos fundamentales y los riegos constantes[46], cuestión que por el momento, en Ecuador, se ha dejado de lado. Ecuador se proclama como un "Estado constitucional de derechos y justicia social"[47]; la Constitución de la República del Ecuador (en adelante CRE) se caracteriza por ser una de las más progresistas e innovadora en materia de derechos, de la región. Sin embargo, si bien se reconoce una amplia gama de derechos constitucionales, no se han desarrollado los mecanismos aptos para protegerlos y, de existir, no son adoptados adecuadamente. El objetivo de esta sección, entonces, es establecer un referente y analizar los antecedentes normativos de la protección de los datos personales en el Ecuador.

## 4.1. Marco normativo

### 4.1.1. Respecto del derecho a la intimidad y a la privacidad

Como se mencionó anteriormente, la protección de datos personales es un derecho *per se.* Al mismo tiempo, es un mecanismo para proteger varias dimensiones del derecho a la intimidad y el derecho a la privacidad, que podrían verse afectados por las empresas en sus procesos de captación de clientes.

De manera general, en Ecuador, sobre el derecho a la privacidad y a la intimidad, se debe considerar como uno de los primeros antecedentes a la Declaración Universal de los Derechos Humanos de las Naciones Unidos: "Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o su reputación"[48]. Del mismo modo, los Estados han reconocido estos derechos en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre[49] y, casi en los mismos términos, en la Convención Americana sobre Derechos Humanos[50].

Así, varios instrumentos internacionales, que Ecuador ha adoptado, manifiestan que las personas tienen derecho a la protección de su vida privada en sus diferentes facetas, sin injerencias arbitrarias o abusivas. Por otro lado, se reconoció

46 Cfr. Gozaíni, Osvaldo Alfredo. *Hábeas data: protección de datos personales*. Santa Fe: Rubinzal-culzoni, 2001, p. 15.

47 Constitución de la República del Ecuador (CRE). Artículo 1. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

48 Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948). Artículo 12.

49 "Artículo V. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra los ataques abusivos a su honra, a su reputación y a su vida privada y familiar". Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. (1948). Artículo 5.

50 "Artículo 11. Protección de la honra y de la dignidad. 1. Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad. 2. Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación. 3. Toda persona tiene derecho a la protección de la Ley contra esas injerencias o esos ataques". (Convención Americana sobre Derechos Humanos. (1969). Artículo 11.)

constitucionalmente el derecho a la intimidad en la vida personal y familiar[51]; y, de la misma forma, se plasmó su importancia en todo el ordenamiento jurídico.

Particularmente, en lo que concierne la actuación del Estado, se prescribe, en el artículo 24 del Código Orgánico Administrativo, que: "Las administraciones públicas, cuando manejen datos personales, deben observar y garantizar el derecho a la intimidad personal, familiar y respetar la vida privada de las personas"[52]. Del mismo modo, en el artículo 9 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional del Registro de Datos Públicos (en adelante Ley del Registro de Datos Públicos) se prescribe:

> La recopilación y uso de datos personales responderá a **los derechos de privacidad, intimidad y confidencialidad garantizados por la Constitución Política de la República** y esta ley, los cuales podrán ser utilizados o transferidos únicamente con autorización del titular u orden de autoridad competente (énfasis añadido)[53].

La Ley Orgánica de Telecomunicaciones, en la misma línea, recoge nuevamente el derecho a la privacidad, estableciendo como derechos de los usuarios: "la privacidad y protección de sus datos personales por parte del prestador con el que contrate servicios, con sujeción al ordenamiento jurídico vigente"[54]. Del mismo modo, recoge el derecho a la intimidad, en el artículo 78:

> Derecho a la intimidad. Para la plena vigencia del derecho a la intimidad, establecido en el artículo 66, numeral 20 de la Constitución de la República, las y los prestadores de servicios de telecomunicaciones deberán garantizar, en el ejercicio de su actividad, la protección de los datos de carácter personal[55].

Es evidente que, de alguna manera, se ha intentado plasmar el derecho a la privacidad y a la intimidad en la legislación ecuatoriana como elemento esencial a la hora de referirse al manejo de datos. No obstante, estas normas no tienen el alcance que se esperaría, ya que únicamente se refieren a la actuación de entidades públicas. Esto implica que se genere un vacío normativo concerniente al comportamiento de privados, como empresas. Además, no se prescribe específicamente la protección de datos personales como un fin en sí mismo, es decir que no figura de manera autónoma, como se demostrará a continuación.

### 4.1.2. Respecto del derecho a la protección de datos personales

Es un deber del Estado ecuatoriano consagrado en la CRE "respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución"[56]; tomando en cuenta la evolución de la sociedad y las necesidades que surgen por dicho progreso. La CRE de

51 CRE. *Eiusdem*. Artículo 66.20.
52 Código Orgánico Administrativo. Artículo 24. Registro Oficial Suplemento No. 31 de 7 de julio de 2017.
53 Ley Orgánica del Sistema Nacional del Registro de Datos Públicos. Artículo 9. Registro Oficial No. 162 Suplemento de 31 de marzo de 2010.
54 Ley Orgánica de Telecomunicaciones. Artículo 22. Registro Oficial No. 439 Suplemento de 18 de febrero de 2015.
55 *Eiusdem*. Artículo 78.
56 CRE. *Eiusdem*. Artículo 11.9.

2008, en ese sentido, innovó al referirse individualmente a la protección de datos personales como uno de los derechos de libertad, en el artículo 66.19.:

> 19. El derecho a la **protección de datos de carácter personal**, que incluye el acceso y la decisión sobre información y datos de este carácter, así como su correspondiente protección. **La recolección, archivo, procesamiento, distribución o difusión de estos datos o información requerirán la autorización del titular o el mandato de la ley** (énfasis añadido)[57].

Sin embargo, la protección de datos está dispersa en el ordenamiento jurídico ecuatoriano. Llama la atención que no sea posible identificar una definición explícita de datos personales en la legislación ecuatoriana; solo referencias poco precisas. Es difícil entender, por ello, cómo puede estar protegido, de manera eficiente, algo que no llega a estar definido claramente. Una primera e insuficiente definición figura en la novena disposición general de la Ley de Comercio Electrónico aplicada a la regulación del comercio y a la producción a través herramientas electrónicas: "Datos personales: son aquellos datos o información de carácter personal o íntimo, que son materia de protección en virtud de esta Ley"[58].

Por otro lado, existen los datos públicos, es decir datos personales que, en conjunto y por su naturaleza, constituyen información pública. De manera general, la Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información Pública (en adelante LOTAIP) prescribe, que, en principio se considera pública toda información que emane o que esté en poder del Estado, directamente o a través de algún privado que tenga participación del Estado[59]. Particularmente, los datos públicos se encuentran bajo el manejo y control del Estado ecuatoriano, a través del Sistema Nacional del Registro de Datos Públicos que se integra por varios órganos como la Dirección Nacional de Registro de Datos Públicos (en adelante Dinardap), la Dirección General de Registro Civil, Identificación y Cedulación o el Registro de la Propiedad, entre otros[60]. En ciertos casos, también se entienden incorporadas a este sistema y a su regulación aquellas instituciones privadas que poseen información que, por su naturaleza, es pública[61]. Es importante precisar que las entidades privadas pueden, según lo expuesto, manejar datos personales tanto públicos como privados.

El punto clave es entender que la información pública y, por ende, los datos públicos están sometidos al principio de publicidad[62]. Por lo que acceder a dicha información es un derecho de todas las personas sin restricciones. No obstante, debe-

---

57 *Eiusdem*. Artículo 66.19.

58 Ley de Comercio Electrónico, Firmas Electrónicas y Mensajes de Datos. Disposición general novena. Registro Oficial No. 557 Suplemento de 17 de abril de 2002.

59 Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información Pública. Artículo 5. Registro Oficial No. 337 Suplemento de 18 de mayo de 2004.

60 Ley Orgánica del Sistema Nacional… *Eiusdem*. Artículo 13.

61 *Eiusdem*. Artículo 28.

62 Ley Orgánica de Transparencia… *Eiusdem*. Artículo 1.

mos recordar que se entiende también por información pública aquella que, al ser difundida, no podría menoscabar los derechos. Así, se establece la confidencialidad respecto de ciertos datos personales, lo que constituye un límite al principio de publicidad, como se prescribe en el artículo 6 de la Ley de Acceso a la Información:

> Información confidencial.- Se considera información confidencial aquella información pública personal, que no está sujeta al principio de publicidad y comprende aquella derivada de sus derechos personalísimos y fundamentales, especialmente aquellos señalados en los artículos 23 y 24 de la Constitución Política de la República.

Este límite está también prescrito en la Ley del Registro de Datos Públicos y nos permite identificar otra noción de los datos personales en nuestro país:

> Son confidenciales los datos de carácter personal, tales como: ideología, afiliación política o sindical, etnia, estado de salud, orientación sexual, religión, condición migratoria y los demás atinentes a la intimidad personal y en especial aquella información cuyo uso público atente contra los derechos humanos consagrados en la Constitución e instrumentos internacionales[63].

Una vez más, es posible identificar ciertas pautas sobre lo que respecta la protección de datos personales al referirse a la información pública y a las actuaciones del Estado. No obstante, existe un vacío respecto de las buenas prácticas que deberían tomar en cuenta personas jurídicas de derecho privado, como las empresas. Particularmente, no se encuentra normativa que involucre de alguna manera la protección de los datos personales de clientes y, por tanto, el correcto ejercicio de sus derechos constitucionalmente reconocidos.

## 4.2. Mecanismos de protección de datos personales

### 4.2.1. *Habeas data*

La legislación ecuatoriana no ha procurado regular áreas que resultarían esenciales para la plena vigencia de los derechos constitucionales. Respecto del derecho a la protección de datos, no se han logrado grandes avances. El *habeas data* es un mecanismo que intenta precautelar esta esfera de la intimidad de las personas en Ecuador frente al desarrollo de la informática. Lo manifestó la Corte Constitucional en una de sus sentencias: "[L]a acción constitucional de *habeas data* en el fondo lo que pretende es proteger el derecho a la intimidad de la persona, puesto que no toda la información relativa a esta tiene el carácter de pública y por tanto, de [sic] divulgable en forma libre"[64].

Sin embargo, es preciso realizar un análisis para conocer su idoneidad. El ordenamiento jurídico ecuatoriano prevé las garantías jurisdiccionales con la finalidad de proteger de manera eficaz los derechos reconocidos en la CRE como en ins-

63 Ley Orgánica del Sistema Nacional… *Eiusdem*. Artículo 6.
64 Corte Constitucional del Ecuador. *Sentencia 182-15-SEP-CC*. Sentencia, 3 de junio de 2015.

trumentos internacionales, y declarar "la reparación integral a los daños causados por la violación de estos derechos"[65]. Particularmente, el *habeas data*, como una de las garantías, fue constitucionalizándose en América Latina a partir de 1988 en Brasil[66]. Ecuador fue uno de los últimos países en reconocerla en la Constitución de 1997[67], por lo que es un mecanismo jurídico particularmente reciente en nuestra región. Las garantías jurisdiccionales en Ecuador han sido históricamente objeto de ilegítimas restricciones, por cuestiones políticas o falta de desarrollo de la noción de garantía *per se*[68]. Actualmente la CRE ha intentado fortalecerlas: ampliando el tipo de garantías y desarrollando las que estaban vigentes en 1998[69].

La CRE de 2008 y la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (en adelante Ley de Garantías), prescriben que el *habeas data* es la acción que prevé específicamente que los titulares de los datos personales, que no hacen parte de los datos públicos, puedan acceder a la justicia constitucional. Esto significa que tienen la posibilidad de acudir a un juez, en caso de que no se atienda su petición presentada previamente para acceder a cualquier tipo de registro que contenga sus datos para su simple supervisión o para su actualización, rectificación, eliminación o anulación[70]. La Corte Constitucional para definir la naturaleza de la acción parte de la misma definición[71] y agrega que esta acción jurisdiccional es considerada "como un mecanismo de satisfacción urgente para que las personas puedan obtener el conocimiento de los datos a ellos referidos, y advertirse sobre su finalidad, sea que dicha información conste en el registro o banco de datos público o privado"[72].

En este punto, es importante identificar los distintos derechos tutelados y distinguirlos individualmente. Es menester diferenciar el derecho autodeterminación informativa o protección de datos personales, de otros derechos personalísimos amparados por el *habeas data*[73]. Esto con el objetivo de entender cuál es la finalidad de la acción. Sobre la base al artículo 50 de la Ley de Garantías, se reduce el ámbito de protección, esencialmente, a dos aspectos importantes: (i) respecto del conocimiento de los datos personales: qué datos existen en cualquier tipo de registro, quién los recopiló y con qué finalidad; (ii) respecto de la actuación de los titulares sobre los datos personales existentes: cancelar los datos personales, actualizarlos, rectificarlos, reservarlos o suprimirlos[74].

---

65 Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. Artículo 6. Registro Oficial No.52 Suplemento de 22 de octubre de 2009.

66 Montaña Pinto, Juan y Porras Velasco, Angélica. *Apuntes de derecho procesal constitucional: parte especial: garantías constitucionales en Ecuador*. Quito: Corte Constitucional para el Período de Transición, 2012, p. 81.

67 Constitución Política de la República del Ecuador, Codificación 1997. Artículo 30. Registro Oficial No. 2 de 13 de febrero de 1997.

68 *Cfr.* Grijalva Jiménez, Agustín. *Constitucionalismo en Ecuador*. Quito: Corte Constitucional para el Periodo de Transición, 2012, p. 239.

69 *Cfr. Id.*, p. 250.

70 Sobre el *habeas data* en Ecuador, *vid*. CRE. *Eiusdem*. Artículo 92; Ley Orgánica de Garantías… *Eiusdem*. Artículo 49.

71 Corte Constitucional del Ecuador. *Sentencia 032-15-SEP-CC*. Sentencia, 11 de febrero de 2015.

72 Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia 025-15-SEP-CC. Sentencia, 4 de febrero de 2015.

73 Cfr. Basterra, Marcela. *Protección de datos personales: la garantía de* habeas data. Buenos Aires: Ediar, 2008, p. 30.

74 Ley de Garantías… *Eiusdem*. Artículo 50.

Ahora, si bien este podría ser un primer paso a la plena vigencia de derechos constitucionales, específicamente la protección de datos, el derecho a la intimidad y el derecho a la privacidad no resultan suficientes. Primero, no existe un plazo señalado en la ley, que permita establecer en qué momento presentar la acción de *habeas data*. En el artículo 50 de la Ley de Garantías únicamente se prescribe que es posible presentarla en caso de negativa de la institución requerida con la información o de suscitarse la violación de un derecho[75]. No existe un plazo dentro del cual es posible presentar la acción después de la negativa expresa y, en el caso de la negativa tácita, la situación es más ambigua por cuanto es más delicado determinar cuándo se configura. Se entiende que debe esperarse un "plazo razonable", lo que tampoco resuelve el problema puesto que debe considerarse que, al no lograr definirse qué se entiende por plazo razonable, en este período las personas quedan en situación de indefensión[76].

Segundo, surge una duda respecto de la legitimación activa. Como se aclaró previamente al hablar de protección de datos personales, se entiende que se atañe únicamente a personas naturales por referirse a la esfera de su intimidad propia de los seres humanos. No obstante, el artículo 51 de la Ley de Garantías prescribe: "Toda persona, natural o jurídica, por sus propios derechos o como representante legitimado para el efecto, podrá interponer una acción de hábeas data"[77]. Por esta razón, se legitima para actuar a las personas jurídicas, como las empresas, que, en realidad, como se demostró previamente, son quienes ponen en situación de vulnerabilidad a las personas físicas, sus consumidores, por el manejo indebido de sus datos personales. Esto podría provocar que se desnaturalice la acción de *habeas data*.

Tercero, si bien la naturaleza de la acción es amparar los derechos y reparar a los accionantes en caso de violación, se advierte la evidente ausencia de regulación previa respecto de cómo manejar e implementar buenas prácticas de tratamiento de datos personales. El artículo 50 del mismo cuerpo normativo, prescribe que, lógicamente, se interpone la acción de *habeas data*: "3.Cuando se da un uso de la información personal que viole un derecho constitucional, sin autorización expresa, salvo cuando exista orden de jueza o juez competente"[78]. Por otro lado, en el artículo 92 de la CRE, se manifiesta lo siguiente: "Las personas responsables de los bancos o archivos de datos personales únicamente podrán difundir la información archivada con autorización del titular o de la ley"[79].

---

75 *Eiusdem*.

76 A diferencia del *habeas data*, la acción de acceso a la información pública puede plantearse, si a los 15 días de requerida la información, la entidad no responde a la solicitud. Sobre la diferencia que existen en cuanto al plazo de estas dos garantías, *vid*. Ley de Orgánica de Transparencia… *Eiusdem*. Artículo 9.

77 Ley de Garantías… *Eiusdem*. Artículo 51.

78 Ley de Garantías… *Eiusdem*. Artículo 50.

79 Constitución de la República del Ecuador. *Eiusdem*. Artículo 92.

Conviene, entonces, cuestionarse ¿qué parámetros existen en Ecuador para plantear las buenas prácticas respecto de la difusión y el tratamiento? ¿Cabe la acción por el mal manejo? ¿Cómo se configura el consentimiento para la difusión de datos personales? Son cuestiones que no han sido reguladas. En realidad, los dos artículos previamente citados, permiten afirmar que está a disposición de todo aquel que esté en territorio ecuatoriano acceder a una acción que repara algo que no está normado. Existe, claramente, un vacío normativo que permite, particularmente a todos los entes privados, las empresas especialmente, actuar bajo su discrecionalidad y disponer a su arbitrio de la información que poseen de cada consumidor.

En definitiva, se ha hecho un recuento del *habeas data,* una de las garantías jurisdiccionales que existen en Ecuador, siendo estas aquellas que forman parte del derecho procesal constitucional[80]. No obstante, al constatar que no es suficiente su ámbito de protección para el manejo adecuado de datos personales, se requiere que se desarrollen otros mecanismos que garantizan derechos, como son las garantías normativas y políticas en nuestro país.

### 4.2.2. Delitos informáticos y otras conductas sancionables

La era de la tecnología implica no solo que los datos personales sean fuente de negocio y comercio, sino que sean objeto de nuevas formas de criminalidad. La falta protección de datos personales en Ecuador puede ser también revisada a partir de otra rama del Derecho: el Derecho Penal. En este sentido, el objeto o el bien jurídico protegido es múltiple, ya que depende del delito en particular al que nos refiramos. Es necesario hacer una breve revisión, entonces, respecto de la idoneidad de este mecanismo para la protección de datos personales.

Como menciona Jijena Leiva respecto de los datos personales se debe tutelar "su recolección, correcta administración, permanente actualización, utilización para fines específicos e irrestrictos derechos de acceso"[81]. Los delitos informáticos, considerados como un género, han sido definidos como aquellas conductas indebidas realizadas por el sujeto activo que lesionan el bien jurídico tutelado, afectando la integridad de los equipos y la intimidad de sus propietarios[82].

En Ecuador, el Código Orgánico Integral Penal (en adelante COIP) intentó modernizar un sistema obsoleto. Se tipificaron nuevas conductas sin considerar en el hecho de que su vigencia no implica su eficacia. El legislador tipificó, por ejemplo, la violación a la intimidad, en el artículo 178 del COIP, que castiga en teoría toda acción que implique la difusión, acceso o divulgación no consentida de

80 *Cfr*. Trujillo, Julio César. *Teoría del Estado en el Ecuador.* Quito: Corporación Editora Nacional, 2006, p. 247.
81 Jinena Leina, Renato Javier. *Chile. La Protección Penal de la Intimidad y el Delito*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1992, p. 30.
82 *Cfr*. Pérez Luño, Antonio Enrique. *Manual de Informática y Derecho*. Barcelona: Editorial Ariel, 1996, p. 69.

información privada a través de cualquier medio[83]. Por lo que sanciona conductas ilícitas e ilegales en un sentido amplio que afecten la intimidad. Por otro lado, también se incorporó una sección exclusiva para castigar conductas que atentan contra la confidencialidad, integridad y disponibilidad de datos y, particularmente, considerando como bien jurídico protegido, a los sistemas informáticos[84].

En nuestra legislación existen muy pocos indicios, o no es claro, qué conducta, relacionada con el procesamiento de datos, podría considerarse poco ética o es simplemente no autorizada[85], a pesar de que tienen lugar de forma recurrente en las prácticas cotidianas de la empresa. Existen ejemplos puntuales de sanciones previstas, como es el caso del Código Orgánico Monetario y Financiero, que prescribe una sanción grave y una multa pecuniaria por incurrir en una de las prohibiciones del artículo 255: "Prohibiciones a entidades de sistema financiero nacional. Se prohíbe a las entidades del sistema financiero nacional: […] 18.Comercializar las bases de datos de sus clientes"[86]. Sin embargo, existe una gama extensa de delitos que de una u otra manera atañen a la protección de la intimidad personal a través de datos personales.

Tomando esto como referencia, resulta interesante que el ordenamiento jurídico ecuatoriano no contemple pautas básicas de buenas prácticas, pero sancione penalmente conductas ilegítimas o ilegales que tiene estrecha relación con la difusión y tratamiento de datos. Nuevamente, los delitos informáticos tienen una utilización casi inexistente en Ecuador por falta de entendimiento sobre la materia. Además, nuevamente el problema con este mecanismo es que constituye una sanción, sin que exista una norma específicamente preventiva.

### 4.2.3. Derecho de Competencia y de Consumo

Tan multifacético es el tema de la protección de datos, que también se ha intentado regular desde ramas como el Derecho de Competencia y de Consumo. En este punto, debe hacerse una precisión. En teoría, la protección de datos personales está únicamente regulada por el Derecho de Consumo. Poco o nada, entonces, tendría que ver el Derecho de Competencia, dado que este busca la protección de la competencia efectiva, más que la de un determinado operador económico o consumidor. No obstante, en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, el Derecho de Competencia, a través de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (en adelante LORCPM), erróneamente recoge disposiciones que aluden a otros campos del Derecho, como la Propiedad Intelectual y el mismo

83 Código Orgánico Integral Penal (COIP). Artículo 178. Registro Oficial No. 180 Suplemento de 10 de febrero de 2014.
84 *Eiusdem*. Artículos 229, 231 y 232.
85 Mata y Martín, Ricardo. *Delincuencia Informática y Derecho Penal*. Madrid: Edisofer, 2001, p. 21.
86 Código Orgánico Monetario y Financiero. Artículos 255.18, 262 y 264. Registro Oficial No. 332 Suplemento de 12 de septiembre de 2014.

Derecho de Consumo. Por esta razón es ineludible realizar el presente análisis a la luz de la LORCPM.

Respecto del Derecho de Competencia, se contempla en la LORCPM la necesidad de lealtad en el ejercicio de cualquier hecho, acto o práctica en el desarrollo de actividades económicas, en observancia de "usos o costumbres honestos"[87]. De acuerdo con dicha ley, la práctica de conductas desleales se asumirá como un cuasidelito, independientemente, de que haya existido conciencia o voluntad sobre su realización o un daño efectivo como resultado, bastando una potencialidad de este último[88]. Ahondando en la regulación prescrita por la LORCPM, se prohíbe y sanciona cualquier conducta cuando atenta contra "el bienestar general o los derechos de los consumidores o usuarios"[89].

Dejando de lado estas cláusulas paraguas, prescritas en la LORCPM, que abarcan un espectro de prácticas que podrían ser incluidas bastante amplio, se encuentran tipificadas varias conductas de prácticas desleales que atentan contra el derecho a la privacidad e intimidad. En primer lugar, se prohíbe la divulgación de secretos empresariales[90]. En segundo lugar, las prácticas agresivas de "acoso, coacción e influencia indebida contra los consumidores", entre otras, la ley contempla las "prácticas dirigidas al desgaste del consumidor"[91].

Un secreto empresarial se entiende como "cualquier información no divulgada que una persona natural o jurídica legítimamente posea, que pueda utilizarse en alguna actividad productiva, industrial o comercial, que sea susceptible de transmitirse a un tercero"[92]. Al hablar de secretos empresariales es preciso aclarar que, para que determinada información pueda encajar bajo la denominación de secreto empresarial, debe verificarse el cumplimiento de tres parámetros: i) la información debe ser secreta, es decir, no debe ser fácilmente accesible a personas integrantes de los círculos que manejen ese tipo de información; ii) la información debe tener valor comercial efectivo o potencial por ser secreta; y, iii) la persona que controle tal información debe haber adoptado medidas para mantenerla secreta[93].

Es evidente que los datos personales recolectados por las empresas cumplen a cabalidad con estos criterios, pasando a ser un activo de las empresas[94]. Considerando este contexto, es común que los operadores, al recolectar datos de potenciales clientes, prometan guardar su confidencialidad. Si bien existen datos

87 Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado. Artículo 25. Registro Oficial No. 555 Suplemento de 13 de octubre de 2011.
88 *Eiusdem*. Artículo 25.
89 *Eiusdem*. Artículo 26.
90 *Eiusdem*. Artículo 27.
91 *Eiusdem*.
92 *Eiusdem*.
93 *Eiusdem*.
94 *Cfr*. Velásquez Bautista, Rafael. *Protección jurídica de datos personales automatizados.* España: Colex, 1993, p. 162.

que son proporcionados por los clientes, que podrían ser accesibles por otros medios, como el sistema de la Dinardap, por ejemplo, a lo largo de la relación comercial entre el cliente y la empresa, se recopilarán datos que, de otra forma, no se conocerían. Estos pueden tratarse de: preferencias de productos, patrones de consumo, opiniones, datos de mecanismos de pago, entre otros. Básicamente, los negocios "requieren la máxima información que puedan gestionar"[95].

Respecto del segundo criterio, la información tiene, efectivamente, valor comercial. Por el conocimiento de estos datos es relativamente sencillo que cualquier empresa realice un acercamiento al cliente e incluso promueva su marca, producto o servicio de una manera personalizada e individualizada. Permite que las empresas ofrezcan una ventaja competitiva frente a otros operadores que se dedican a su mismo negocio. Esto sucede porque realizar el acercamiento de manera generalizada ya no es un método eficiente de mercadeo hoy en día. De antemano, si se tiene conocimiento no solo de información básica, sino de preferencias y tendencias del cliente al consumir se le puede ofrecer productos y servicios a la medida, sin perder el tiempo en promocionarle aquellos que no le servirían[96]. Finalmente, en cuanto al tercer criterio, dado que la información tiene el valor que ya ha sido explicado, usualmente las empresas no lo compartirán con sus competidores.

Si bien la recolección de información de los consumidores no tiene por qué resultar extenuante hoy, el manejo de esta información una vez recopilada, sí puede resultar en un desgaste del consumidor. El hecho de que una empresa cuente con información de un actual o potencial consumidor, ya sea esta básica o específica, se traduce en que el operador económico tiene una vía de contacto con el cliente, es decir, lo tiene a su alcance.

En teoría, esto no debería generar conflicto, ya que únicamente permitiría que las opciones del cliente crezcan y tenga a su disposición varias alternativas de productos o servicios. El problema florece cuando las empresas intentan forzar la compra del producto, no solo cuando este no ha sido solicitado, sino cuando ni siquiera es deseado o requerido. Un ejemplo claro de esta situación es el famoso *cold-calling*, que conceptualmente consiste en la oferta o promoción de servicios o productos por vía telefónica[97]. En la práctica, sin embargo, los operadores no solo se enfocan en la oferta o promoción, sino que llegan al punto de imponer el consumo del producto. No es difícil ilustrar esto dado que es común que bancos, entidades financieras, hospitales, aseguradoras y otros llamen al cliente a informarle que se ha hecho acreedor a beneficios, tarjetas o productos que no ha solicitado.

95 Alet, Josep. *Visión cliente: Crecer y ganar más con los clientes.* España: Profit, 2015, s.p.

96 *Cfr.* Sierra, Jorge Alfonso. *Marketing para editoriales universitarias en el siglo XXI.* San José: Direct Libros, 2005, p. 48.

97 *Cfr.* Mailoc, Marcos., Illera, Carlos. *Invertir en hedge funds: análisis de su estructura, estrategias y eficiencia.* España: Díaz de Santos, 2004, p. 135.

Se pensaría que basta con declinar estas ofertas, pero es de conocimiento general que, en tales casos, no basta una negativa por respuesta. Además, muchas veces los operadores telefónicos contratados por las empresas exigen al cliente explicaciones o incluso le hacen proporcionar mayor información que servirá para futuro contacto. Este esquema de escudarse en la promoción y oferta de productos o servicios para terminar prácticamente imponiéndolos genera un desgaste en el cliente. Este no solo debe consumir su tiempo y energía declinando las propuestas de las empresas, sino que, dado que estas prácticas son recurrentes, a veces debe emprender acciones informales o incluso legales para lograr que su información sea retirada de las bases de datos. Como se estableció anteriormente, estas acciones suelen ser escasas y, de existir, resultan infructuosas dado que están presenten de manera aislada en un sistema que no ha interiorizado la protección de datos. Claramente, los consumidores han sido victimizados por esta práctica[98].

Es preocupante que, en Ecuador, a pesar de que existen estas disposiciones, no exista una plena protección al consumidor. Pocos clientes conocen sus derechos como han sido descritos anteriormente, por lo que el índice de denuncias al respecto de su vulneración es marginal. Más preocupante aún resulta que, siendo estas estrategias de alcance masivo, incluso si se denunciara, no habría garantía de una reacción por parte de las autoridades.

Este asunto no ha llegado a discutirse en las esferas legislativas de manera plena y productiva todavía. Los medios, sin embargo, dejan claro lo recurrente y cotidiano de estas prácticas desleales violatorias al derecho de protección de datos. En un artículo del diario *El Telégrafo* queda demostrada esta problemática de modo bastante simple. El artículo se refiere al caso de "Carla Grijalva, ama de casa, [quien] recibía llamadas de números desconocidos que le ofrecían seguros médicos para ella y su familia. La insistencia de los vendedores fue tanta que la mujer, de 35 años, buscó en YouTube un tutorial para saber cómo bloquear ciertas llamadas"[99].

No obstante, lo verdaderamente inquietante es la opinión de la otra parte, el vendedor, recogida en el mismo artículo. El gerente de una empresa dedicada a proveer cursos de lectura e idiomas comenta, como justificando su accionar: "[S] i nosotros, como vendedores, entendemos lo que el consumidor quiere, también podremos saber cuándo lo necesita"[100]. Sorprende cómo, en una frase, este razonamiento despoja al consumidor de su voluntad e incluso viola principios económicos elementales como la ley de oferta y demanda. Resulta que ya no son los consumidores, sino los proveedores, quienes determinan la demanda de bienes, y con ello, incluso precios y cantidad de producción.

98 *Cfr.* Twomey, David y Jennings, Marianne. *Business Law: Principles for Today's Commercial Environment*. Ohio: Cengage Learning, 2011, p. 106.

99 Sandoval, Fernando. «La insistencia de ventas telefónicas genera malestar». *El Telégrafo*, 12 de marzo 2017. https://www.eltelegrafo.com.ec/noticias/702/51/la-insistencia-de-ventas-telefonicas-genera-malestar (acceso: 02/03/2018).

100 *Ibíd*.

Por el lado del Derecho de Consumo, la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor protege al cliente contra "la publicidad engañosa o abusiva, los métodos comerciales coercitivos o desleales"[101]. En este sentido, tal ley prescribe que "serán nulas de pleno derecho y no producirán efecto alguno las cláusulas y estipulaciones contractuales que impliquen renuncia a los derechos que esta ley reconoce a los consumidores o de alguna manera limiten su ejercicio"[102] y aquellas que "causen indefensión al consumidor o sean contrarias al orden público y a las buenas costumbres"[103].

Sin embargo, a pesar de establecer la protección al consumidor contra prácticas coercitivas, por ejemplo, que involucran el mal uso o manejo de datos personales, el enfoque no está precisamente encaminado a protegerlos específicamente. Además, hay una carencia de efectividad de las disposiciones descritas. Si bien el consumidor puede entablar reclamos frente a la Defensoría del Pueblo, por ser la autoridad encargada, es verdaderamente difícil llevar ante la justicia a las grandes empresas quienes, a menudo, son sujetos activos de las conductas descritas.

## 5. Conclusión

En la presente investigación, se ha intentado demostrar con claridad, que la legislación ecuatoriana no ha logrado sentar las bases para tutelar el derecho de protección de datos. Muestra de ello es el hecho de que ni siquiera una noción básica de datos personales ha sido definida en la legislación ecuatoriana. Hay una fuerte disonancia entre el enfoque del ordenamiento jurídico ecuatoriano, y las escasas acciones y alternativas que tienen los consumidores para tutelar el manejo de su información por parte de las empresas. Lamentablemente, los mecanismos que existen, *habeas data*, denuncias por delitos informáticos, acciones administrativas según el Derecho de Competencia o reclamos por materia de consumo, carecen de idoneidad por el alcance limitado del amparo que otorgan.

Ninguno de estos mecanismos ha sido específicamente diseñado para la protección de datos. El ordenamiento jurídico ecuatoriano no es coherente al solo sancionar conductas que en ninguna de sus disposiciones ha buscado prevenir. Esto genera que, a diario, tengan lugar conductas que vulneran el derecho a la protección de datos. Tan común es esto que hasta se han naturalizado estas prácticas y, más allá de verse como verdaderos abusos, se conciben simplemente como molestias cotidianas.

Otro problema evidente es que las normas relativas a la protección de datos no se encuentran codificadas y están dispersas en varios cuerpos normativos, por lo que es aún más difícil que el consumidor promedio se defienda. Se empeora la situación, ya que, en Ecuador, ni siquiera existe como tal una rama de Derecho para la

101 Ley Orgánica de Defensa del Consumidor. Artículo 4. Registro Oficial No. 116 Suplemento de 10 de julio de 2000.
102 *Eiusdem* Artículo 43.
103 *Eiusdem.*

Protección de Datos, a pesar de que sería un error enfocar este asunto desde una sola óptica, ya que requiere tratamiento multidisciplinario, como se ha procurado realizar a lo largo de este trabajo.

No puede negarse que han existido proyectos de ley con la finalidad de materializar la protección de datos personales. Sin embargo, ninguna de estas propuestas ha sido lo suficientemente formal y clara en su contenido. Si bien se ha realizado un análisis respecto de la falta de regulación sobre la protección de datos en la relación empresa-cliente, el problema escapa a este enfoque. Más allá de no existir mecanismos eficientes de protección de datos para los consumidores frente a la empresa, de plano no existen ni de manera general. La "víctima" de la inexistencia de este sistema tan necesario, resulta ser, literalmente, cualquier persona. Esto hace que el desarrollo legislativo en esta área sea de inminente urgencia considerando que la protección de datos personales termina siendo tierra de nadie en Ecuador.

Volumen VI • septiembre 2019
USFQ LAW REVIEW

# Inconstitucionalidad de la inapelabilidad de los laudos en Ecuador

**Gustavo Andrés Villacreses Brito**
Universidad San Francisco de Quito USFQ, estudiante del Colegio de Jurisprudencia, Campus Cumbayá, Casilla Postal 17-1200-841, Quito 170901, Ecuador.
Correo electrónico: gavillacreses@estud.usfq.edu.ec

**María Paula Marroquín Ruiz**
Universidad San Francisco de Quito USFQ, estudiante del Colegio de Jurisprudencia, Campus Cumbayá, Casilla Postal 17-1200-841, Quito 170901, Ecuador.
Correo electrónico: mpmarroquin@estud.usfq.edu.ec

**Génesis Ariana Bermeo**
Universidad San Francisco de Quito USFQ, estudiante del Colegio de Jurisprudencia, Campus Cumbayá, Casilla Postal 17-1200-841, Quito 170901, Ecuador.
Correo electrónico: gbermeo@estud.usfq.edu.ec

Recibido / Received: 11/03/2019
Aceptado / Accepted: 26/03/2019
DOI: 10.18272/lr.v6i1.1387

## Resumen
El Estado tiene diversas potestades, entre ellas, la facultad de administrar justicia. Un eje transversal en este ejercicio es el debido proceso, que contiene el derecho a la defensa. Este, a su vez, tiene como una de sus garantías fundamentales el derecho a recurrir la decisión resultante. Sin embargo, no solo el Estado ha buscado ejercer estas facultades, sino que paralelamente los particulares se han organizado para la institucionalización privada de la justicia. El resultado es la existencia de métodos alternativos de solución de conflictos siendo uno de ellos el arbitraje. Este ha sido regulado en la legislación ecuatoriana específicamente por la Ley de Arbitraje y Mediación. No obstante, esta norma ha restringido el derecho a recurrir los laudos. Dicha prohibición ha sido respaldada por la Corte Constitucional a través de tres argumentos principales que los ha expuesto en la absolución de consultas constitucionales. En este trabajo se analiza la validez y coherencia de estos fundamentos empleados para defender la constitucionalidad de esta limitación. El primer argumento, afirma que la prohibición es legítima por ser legal, pero descuida la supremacía constitucional. El segundo, defiende la presunta carencia de potestad jurisdiccional en el arbitraje, pero no considera que el ordenamiento ha envestido al arbitraje con una naturaleza jurisdiccional y con carácter de servicio público. Finalmente, el tercero, asume una renuncia al derecho al doble conforme que las partes realizan en el negocio arbitral, olvidando que los derechos constitucionales son irrenunciables. Como resultado, se encuentra en tela de duda la constitucionalidad de la inapelabilidad de los laudos en Ecuador. Por último, se recomienda como alternativa la creación de un sistema de doble instancia arbitral y así preservar su naturaleza privada, pero sin desconocer su carácter jurisdiccional.

## Palabras clave
arbitraje; Ecuador; laudo, inconstitucionalidad; apelabilidad; inapelabilidad; Ley de Arbitraje y Mediación; derecho a recurrir; derecho a apelar; derecho al doble conforme

## *Unconstitutionality of non- appealability of awards in Ecuador*

## Abstract
*The State has various powers, including the power to administer justice. A transversal axis in this exercise is the right to due process, which contains the right to defense. The latter includes the fundamental guarantee of right to appeal the decision. However, not only the State has sought to exercise these faculties, but at the same time individuals have organized themselves for the private institutionalization of justice. The result is the existence of alternative dispute resolution. One of these methods is arbitration. It has been specifically regulated in the Ecuadorian legislation by the Statute of Arbitration and Mediation. However, this statute has restricted the right to appeal the awards. This prohibition has been supported by the Constitutional Court through three main arguments that have been exposed in the acquittal of constitutional consultations.*

*This paper will analyze the validity and coherence of these arguments used to defend the constitutionality of this limitation. The first argument states that the prohibition is legitimate because is done through a statute, but it neglects constitutional supremacy. The second, defends an alleged lack of jurisdictional authority in arbitration, but it does not consider that Ecuadorian law has recognized the jurisdictional and public service nature of arbitration. Finally, the third argument states that, through the arbitration agreement, parties assume a waiver of the right to appeal the award, but it forgets that constitutional rights are inalienable. As a result, the constitutionality of the non-appealability of the awards in Ecuador is in doubt. Finally, it is recommended as an alternative, the creation of a system of appeal courts inside arbitration, to preserve its private nature but without ignoring its jurisdictional nature.*

## Keywords

*arbitration; Ecuador; award; unconstitutionality; appealability; non-appealability; Law of Arbitration and Mediation; right of appeal; right to appeal*

## 1. Introducción

La sociedad humana se organiza a través del contrato social que ha resultado en la existencia de los actuales Estados[1]. A estos se les ha encomendado el respeto, protección y garantía de una amplia gama de derechos que cada pueblo ha considerado como indispensables para su existencia y desarrollo[2]. En este contexto, se consagra una garantía y un derecho en sí mismo: la justicia. Tradicionalmente, dicho derecho ha implicado la obligación del Estado de administrar justicia y hacer cumplir lo resultante de este proceso[3]. Poco a poco se ha instituido en una potestad propia de los Estados, cuya piedra angular es el principio fundamental del debido proceso[4], el cual incluye un conjunto de derechos y garantías, como el derecho a la defensa[5]. Una forma de materialización de esta garantía es la posibilidad de recurrir las decisiones resultantes del ejercicio de la justicia[6].

Sin embargo, históricamente, la administración de justicia no ha estado afincada únicamente en el Estado. Desde tiempos tan antiguos como el Código de Hammurabi (2100 a.C.)[7] y hasta la actualidad, la resolución de conflictos también ha estado encomendada a líderes sociales, personajes reconocidos y a terceros imparciales en general[8]. El objetivo siempre ha sido alcanzar la resolución del conflicto y poco a poco, por diversas razones[9], la motivación se ha vuelto el evitar la intervención del Estado en el proceso[10]. Así, los privados, en ejercicio de su autonomía de la voluntad, han desarrollado métodos alternativos de solución de controversias (en adelante MASC), como un medio de administración de justicia paralela a la estatal. Dentro de este fenómeno nace el arbitraje como una alternativa heterocompositiva[11] con reglas más flexibles, períodos procesales determinados por las partes, principalmente confidencial, y con control sobre la selección del tercero imparcial[12]. Sin embargo, a pesar de tener un origen convencional, el proceso arbitral, por la naturaleza de su objeto, no puede ser distante de las garantías y derechos contemplados en la Constitución, por ser la cima del ordenamiento jurídico.

1 Rousseau, Jean-Jacques. *El contrato social, ó, Principios del derecho político*. Ciudad: José Ferrer de Orga, 1812.
2 Romero, Ricardo Montoro. *La reforma del Estado de Bienestar: derechos, deberes e igualdad de oportunidades*. Ciudad: Reis, 1997, pp. 9-41.
3 Abellán, Marina Gascón. "La justicia constitucional: entre legislación y jurisdicción". *Revista Española de Derecho Constitucional* No. 41 (1994): pp. 63-87.
4 Hoyos, Arturo. *El debido proceso*. Ciudad: Temis, 2004.
5 Pérez, Alex Carocca. *Garantía constitucional de la defensa procesal*. Ciudad: Diss. Universitat Pompeu Fabra, 1997.
6 García Leal, Laura. "El debido proceso y la tutela judicial efectiva". *Frónesis*. Volumen 10, No. 3 (2003): pp. 105-116.
7 Sampedro, A. y Barbón J. J. "Los ojos en el Código de Hammurabi". *Archivos de la Sociedad Española de Oftalmología*. Volumen 84, No. 4 (2009): pp. 221-222.
8 Johnston, Douglas M. *The Historical Foundations of World Order: The Tower and The Arena*. Países Bajos: Martinus Nijohff Publications, 2008, p. 195.
9 Sobre el desarrollo y causas del apogeo del arbitraje, *vid*. Certilman, Steven. "A Brief History of Arbitration in the United States". *New York Dispute Resolution Lawyer*, Volumen 3, No. 1 (2010); y, Roebuck, Derek. "Sources for the History of Arbitration: A Bibliographical Introduction". Arbitration International. Volumen 14, No. 3 (1998).
10 Atkinson, Daniel. *Arbitration or Adjudication*, 31 de agosto de 2001. http://www.rlawyers.eu/weblog/arbitration-or-adjudication/ (acceso: 28/11/2018).
11 Orojo, Olakunle .J y Ajomo, Ayodele M. *Law and Practice of Arbitration and Conciliation in Nigeria.* Lagos: Mbeyi y Associates (Nig.) Ltd., 1999, s. p.
12 Bello, Adesina. "Why arbitration triumphs litigation: pros of arbitration". *Singaporean Journal of Business Economics, and Management Studies*, Volumen 3, No. 2 (2014), p. 35.

Al ser el arbitraje un proceso en el cual se ejerce justicia y cuyo objeto es la determinación de derechos y obligaciones[13], debe regirse, entre otros, al derecho al debido proceso. Con él también debe supeditarse a la garantía constitucional de la posibilidad recurrir la decisión resultante del arbitraje. Sin embargo, el ordenamiento jurídico ecuatoriano, y en especial la Ley de Arbitraje y Mediación (en adelante LAM), ha restringido el ejercicio de este derecho en el arbitraje. La restricción legal ha tenido que enfrentar cuestionamientos judiciales, sin embargo, ha contado con la venia y el respaldo de la Corte Constitucional del Ecuador (en adelante Corte Constitucional). Dicho órgano encargado de protección de la supremacía constitucional no solo ha ratificado la prohibición impuesta por la LAM, sino que ha desarrollado una serie de argumentos para sustentar la supuesta constitucionalidad de esta limitación al derecho fundamental de apelación.

Entonces, surge la duda: ¿es en realidad constitucional la inapelabilidad de los laudos en Ecuador? Para poder responder esta incógnita se procederá con el siguiente análisis jurídico: (i) se identificará la importancia del derecho a recurrir una decisión jurisdiccional y la opinión de la Corte Constitucional, en el marco de la supremacía constitucional, respecto a su restricción en el arbitraje ecuatoriano; posteriormente se evaluarán los tres argumentos que ha desarrollado la Corte Constitucional para defender la constitucionalidad de esta restricción, como es (ii) la validez de su restricción legal; (iii) la presunta carencia de potestad jurisdiccional en el arbitraje; y, (iv) la tolerancia a la renuncia convencional del derecho constitucional a recurrir una decisión. Este análisis parte con duda respecto a la coherencia de los argumentos empleados por la Corte Constitucional y su suficiencia para admitir la limitación al derecho constitucional al doble conforme en arbitraje.

## 2. El derecho constitucional a recurrir el fallo y su situación en el arbitraje ecuatoriano

Uno de los objetivos de los Estados modernos es la consecución de la justicia. Esta solo puede ser alcanzada a través de la observancia de determinados principios durante el ejercicio de los derechos de las personas. Estos principios se materializan en el uso legítimo de la fuerza que ejerce el Estado al dirimir controversias. El eje transversal que prima esta jurisdicción es el derecho al debido proceso. Dentro de este se enmarca el derecho a la defensa que tiene como una de sus garantías esenciales la posibilidad de recurrir las decisiones originadas de procedimientos en los cuales se determinen derechos y obligaciones. Uno de los métodos para dirimir este tipo de controversias es el arbitraje. Este MASC se encuentra regulado de manera específica por la LAM. No obstante, dicho cuerpo normativo ha coartado la posibilidad de apelar. La Corte Constitucional, como órgano protector de la supremacía constitucional, ha sido la encargada de enfrentar esta contraposición de un derecho constitucional frente a una regulación legal.

13 Lera, Silvia Gaspar. *El ámbito de aplicación del arbitraje*. Ciudad: Diss. Universidad de Zaragoza, 1997.

## 2.1. Derecho constitucional a recurrir el fallo

Dentro de la materia procesal, se han regulado principios generales y determinantes para que el ejercicio de la justicia, "en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden"[14], sea tanto efectivo como equitativo. Estos preceptos se han recogido doctrinaria, jurisprudencial y legalmente, en un derecho esencial para aquellos que acudan a la resolución de conflictos, conocido como el derecho al debido proceso. Acorde con las definiciones de la doctrina mayoritaria, se ha llegado a definir al debido proceso como:

> un derecho fundamental contentivo de principios y garantías que son indispensables de observar en diversos procedimientos para que se obtenga una solución sustancialmente justa, requerida siempre dentro del marco del estado social, democrático y de derecho[15].

En la Constitución ecuatoriana, el derecho al debido proceso se encuentra contemplado en su artículo setenta y seis, el cual contiene una serie de garantías básicas que cumplir en todo proceso, siendo una de ellas el derecho a la defensa. Parte fundamental de este derecho es la garantía de recurrir el fallo. En la misma Carta Magna se lo reconoce como: "7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías: m) Recurrir el fallo o resolución en todos los procedimientos en los que se decida sobre sus derechos"[16]. Además, es esencial recalcar que este derecho es también parte de múltiples tratados, convenios y opiniones internacionales que conforman el bloque de constitucionalidad. Un ejemplo es su reconocimiento en la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica (en adelante CADH), en su artículo ocho, numeral segundo, literal h), que establece que:

> 2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: h) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior.

Así también, se encuentra recogido en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en adelante PIDCP), en su artículo nueve, numeral cuarto que establece:

> 4. Toda persona que sea privada de libertad en virtud de detención o prisión tendrá derecho a recurrir ante un tribunal, a fin de que este decida a la brevedad posible sobre la legalidad de su prisión y ordene su libertad si la prisión fuera ilegal.

14 Constitución de la República del Ecuador. Artículo 76. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

15 Agudelo Martínez, Martín. *El debido proceso*, volumen IV. Perú: Opinión Jurídica, p. 89.

16 Constitución de la República del Ecuador. *Eiusdem*. Artículo 76.

En efecto, en estos instrumentos internacionales se habla de recurrir el fallo en casos de materia penal. Pese a esto, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH), no limitó este recurso a dicha materia, sino que amplió su rango de aplicación a "todos los procedimientos en donde se encuentre en controversia un derecho o un interés legítimo"[17]. Por lo tanto, la aplicación de este derecho a recurrir el fallo es aplicable tanto constitucionalmente como en observancia a instrumentos internacionales, a todos los procedimientos en donde se discutan derechos.

Ahora, es necesario responder la interrogante de qué significa aquello de recurrir el fallo. De este modo, puede entenderse a la apelabilidad, en palabras de la Corte Constitucional, como aquella acción de:

> acudir otra vez ante un administrador de justicia distinto del anterior, con el propósito de que la decisión judicial primigenia, que ha sido contraria a los intereses del vencido, pueda ser revisada en función de argumentos y requisitos especificados por la ley para cada recurso[18].

La doctrina ha sido unánime en establecer que esta garantía procede cuando aquel que se considera agraviado por una decisión jurisdiccional, solicita en el mismo proceso que un órgano superior en grado al que la dictó o, en su caso a este mismo, la reforme, modifique, amplíe o anule[19]. El derecho a recurrir el fallo se lo denomina en la práctica como el conocido doble conforme o recurso de apelación[20]. La razón de ser de este recurso, relatada por el doctrinario Couture, es fundamental para este análisis: "La apelación es una forma de clamor y rebeldía; es el grito de los que creyéndose agraviados, acuden a un mayor juez […]. La historia de la apelación se halla así ligada a la historia de la libertad"[21].

## 2.2. Inapelabilidad de los laudos prescrita en la LAM

Es previsible encontrar a la apelabilidad como una constante transversal en el resguardo del derecho al debido proceso. Por ello, se esperaría su adopción en todo procedimiento de conocimiento y determinación de derechos. A pesar del reconocimiento del arbitraje en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, no ha ocurrido lo mismo respecto a la institución de la apelabilidad en este tipo de procesos. En este sentido, la legislación ha optado por la imposibilidad de apelar el laudo, cuya tipificación se encuentra en la LAM. A continuación, se realizará una breve revisión a esta situación jurídica.

17 Cevallos Izquierdo, Diego. *La doble instancia como garantía constitucional del contribuyente*. Tesis de Maestría. Universidad Simón Bolívar, 2015, p. 92.

18 Corte Constitucional del Ecuador. *Caso No. 0499-11-EP*. Sentencia No. 0045-13-SEP-CC, del 31 de julio de 2013.

19 Cfr. Kamada, Luis. *La frontera entre el derecho de defensa y la garantía al debido proceso,* 2003. https://www.justiciajujuy.gov.ar/escuela-de-capacitacion/images/Doctrina_Local/DERECHO_A_RECURRIR_-_Luis_E_Kamada.pdf (acceso: 09/05/2018).

20 Moreno Catena, Víctor. "El recurso de apelación y la doble instancia penal". *Poder Judicial del Estado de Sinaloa Supremo Tribunal de Justicia*. Volumen 00, No. 00, p. 13.

21 Couture, Eduardo. "Prólogo a la obra póstuma de Agustín A. Costa". ¿En? *El recurso ordinario de apelación en el proceso civil.* Buenos Aires: Editorial, 1950, p. 3.

En principio, el arbitraje es reconocido como un MASC y se encuentra regulado en el ordenamiento jurídico nacional. Se puede identificar tres cuerpos normativos que lo reconocen y regulan: (i) Constitución; (ii) Código Orgánico de la Función Judicial; y, (iii) LAM. Se procederá con un recuento de cada uno de ellos.

La Constitución, en su artículo ciento noventa establece que: "Se reconoce el arbitraje, la mediación y otros procedimientos alternativos para la solución de conflictos. Estos procedimientos se aplicarán con sujeción a la ley, en materias en las que por su naturaleza se pueda transigir"[22]. De la lectura de este artículo, se concluye que se reconoce su existencia y se establecen pautas abstractas para su funcionamiento. En cuanto a su reconocimiento legal, se puede identificar cierta regulación del arbitraje en el COFJ. El artículo siete de este cuerpo normativo observa llamativamente que "[l]os árbitros ejercerán funciones jurisdiccionales, de conformidad con la Constitución y la ley"[23]. Además, con el artículo diecisiete extiende la regulación al referir que: "[e]l arbitraje [constituye] una forma de servicio público"[24].

Por último, la LAM se encarga de su regulación específica. En su artículo primero prescribe que:

> El sistema arbitral es un mecanismo alternativo de solución de conflictos al cual las partes pueden someter de mutuo acuerdo, las controversias susceptibles de transacción, existentes o futuras para que sean resueltas por los tribunales de arbitraje administrado o por árbitros independientes que se conformaren para conocer dichas controversias[25].

El proceso arbitral, al consistir en un procedimiento cuyo objeto es dirimir controversias a través de la determinación de derechos y obligaciones, en principio debería estar cobijado por el derecho al debido proceso, y con él incluir la garantía del doble conforme. En este sentido, la LAM ha destinado una de sus disposiciones a esta figura. Es así como en su artículo treinta prescribe:

> **Los laudos arbitrales dictados por los tribunales de arbitraje son inapelables**, pero podrán aclararse o ampliarse a petición de parte, antes de que el laudo se ejecutoríe, en el término de tres días después de que ha sido notificado a las partes. Dentro de este mismo término los árbitros podrán corregir errores numéricos, de cálculo, tipográficos o de naturaleza similar. Las peticiones presentadas conforme a lo establecido en este artículo serán resueltas en el término de diez días contados a partir de su presentación.
> Los laudos arbitrales **no serán susceptibles de ningún otro recurso que no establezca la presente Ley** (énfasis añadido)[26].

22 Constitución de la República del Ecuador. *Eiusdem*. Artículo 190.
23 Código Orgánico de la Función Judicial. Artículo 7. Registro Oficial No. 544 Suplemento de 9 de marzo de 2009.
24 *Eiusdem*, artículo 17.
25 Ley de Arbitraje y Mediación (LAM). Artículo 30. Registro Oficial No. 417 de 14 de diciembre de 2006.
26 *Eiusdem*. Artículo 30.

En la norma se reconoce la posibilidad de plantear diversos recursos. Doctrinariamente, se ha desarrollado el concepto del recurso como aquella

> petición formulada por una de las partes, principales o secundarias, para que el mismo juez que profirió una providencia o su superior la revise con el fin de corregir los errores de juicio o de procedimiento *(in judicando* o *in procedendo)* que en ella se haya cometido[27].

No obstante, la posibilidad de plantear recursos en materia arbitral es bastante limitada a la luz de la legislación ecuatoriana específica. Ello debido a que únicamente existe la alternativa de plantear recursos horizontales, tales como la aclaración o ampliación; además de la acción de nulidad contemplada en el artículo treinta y uno de este cuerpo normativo. De esto se desprende que, en materia arbitral no es posible el pronunciamiento de una instancia superior respecto a situaciones de hecho o derechos referentes al objeto de la controversia.

Finalmente, atendiendo a la primera disposición del artículo expuesto, queda expresamente desechado el derecho a apelar laudos. En tal virtud, esto sirve de fundamento para cuestionarse si, siendo parte de una garantía procesal tan fundamental como lo es el derecho al debido proceso, cabe la restricción a su apelabilidad. Esto abre un abanico de dudas respecto a la validez de los argumentos que podrían intentar utilizarse para defender esta postura.

## 2.3. La Corte Constitucional ante la inapelabilidad de los laudos

La Corte Constitucional ha tenido diversas oportunidades para argumentar sobre la limitación legal del derecho constitucional a apelar laudos. Mediante consultas de constitucionalidad, ha concluido que no existe violación de derechos fundamentales en dicha imposibilidad. Por ello, se analizarán a continuación tres aspectos relativos a la forma en la cual la Corte Constitucional se ha pronunciado sobre este asunto. El primero, la supremacía constitucional, que manda la prevalencia de la Constitución en caso de conflictos normativos o dudas. El segundo, el control concreto de constitucionalidad, que es el mecanismo a través del cual la Corte Constitucional puede resolver dichas controversias. Y, finalmente, se expondrá la posición que ha tomado la Corte Constitucional, a través de este mecanismo, respecto a la inapelabilidad de laudos.

### 2.3.1. Supremacía constitucional

Históricamente, los ordenamientos jurídicos de los Estados se han ido desarrollando enmarcados en un pilar fundamental: el principio de supremacía consti-

27 Devis Echandía, Hernando. *Teoría general del proceso*. Buenos Aires: Universidad de Buenos Aires, 1997, p. 505. Citado en Sempértegui Vallejo, Leonardo. "Necesidad de la implementación de la segunda instancia o apelación en arbitraje". *Revista Ecuatoriana de Arbitraje*. No. 6 (2014), p. 150.

tucional. Este precepto reitera la existencia de los derechos fundamentales contenidos en las Constituciones como claro y firme límite al poder, pero, sobre todo, como los orígenes del mismo. De este modo, dicho núcleo jurídico, dotado de fuerza vinculante *erga omnes*, sirve de dirección a las actuaciones del poder público[28]. La Constitución ecuatoriana se prevé a sí misma como "la norma suprema [que] prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico"[29].

En adición a las disposiciones de la Constitución, se contempla la existencia de un bloque de constitucionalidad. Este concepto se refiere a "aquellos principios y normas que han sido normativamente [sic] integrados a la Constitución por diversas vías y por mandato expreso de la Carta, por lo que entonces tienen rango constitucional"[30]. En coherencia, la Carta ecuatoriana expresa que "[l]a Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público"[31]. Por consiguiente, se otorga rango constitucional a los tratados e instrumentos internacionales, como la CADH y el PIDCP.

En respuesta a la supremacía de la Constitución, y con ella de su bloque de constitucionalidad, está previsto que:

> Todas las personas, autoridades e instituciones están sujetas a la Constitución.
> **Las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, aplicarán directamente las normas constitucionales y las previstas en los instrumentos internacionales de derechos humanos siempre que sean más favorables a las establecidas en la Constitución**, aunque las partes no las invoquen expresamente.
> Los derechos consagrados en la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de inmediato cumplimiento y aplicación. No podrá alegarse falta de ley o desconocimiento de las normas para justificar la vulneración de los derechos y garantías establecidos en la Constitución, para desechar la acción interpuesta en su defensa, ni para negar el reconocimiento de tales derechos (énfasis añadido)[32].

Como consecuencia de la supremacía constitucional y de la directa aplicación de los derechos fundamentales contenidos en la Constitución, "[l]as normas y los actos del poder público deberán mantener conformidad con las disposiciones constitucionales; en caso contrario carecerán de eficacia jurídica"[33]. Por lo tanto, no es admisible la aplicación del ordenamiento jurídico de tal manera que contravenga las disposiciones prescritas en dicho instrumento supremo. Incluso, para el ejercicio de los derechos

---

28 *Cfr*. Gómez, Carlos. *La dogmática jurídica como ciencia del Derecho*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2011, p. 27.
29 Constitución de la República del Ecuador. *Eiusdem*. Artículo 424.
30 Sentencia C-582 de 1999. MP. Alejandro Martínez. Citada en Molinares, Viridiana. *Notas sobre constitución, organización del Estado y Derechos Humanos.* Barranquilla: Universidad del Norte, 2014, p. 57.
31 Constitución de la República del Ecuador. *Eiusdem*. Artículos 3; 11.3; 426.
32 Constitución de la República del Ecuador. *Eiusdem*. Artículo 426. Prescripción reiterada en el COFJ. *Eiusdem*. Artículo 5.
33 Constitución de la República del Ecuador. *Eiusdem*. Artículo 424.

se toma como principio que "[t]odos los principios y los derechos son inalienables, irrenunciables, indivisibles, interdependientes y de igual jerarquía"[34]. Eso se ve proyectado en la disposición respecto a que "[n]inguna norma jurídica podrá restringir el contenido de los derechos ni de las garantías constitucionales"[35]. En el caso de que ocurra la contingencia anteriormente expresada, la Carta Magna dispone que "[e]n caso de conflicto entre normas de distinta jerarquía, la Corte Constitucional, las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, lo resolverán mediante la aplicación de la norma jerárquica superior"[36].

### 2.3.2. Control concreto de constitucionalidad

Para preservar la supremacía de la Constitución se cuenta con la implementación del control de constitucionalidad[37], un sistema conformado por una serie de instituciones, procedimientos, y acciones[38]. En la actualidad, la Constitución ecuatoriana, en su artículo 428[39], veda a los jueces de "inaplicar normas jurídicas y continuar con la sustanciación de la causa"[40] y se sienta el precedente de la imposibilidad "de que un juez efectúe en la sustanciación de una causa, un control constitucional respecto a actos administrativos con efectos particulares e individuales por no encontrar sustento constitucional"[41]. A este mecanismo en vigencia, se lo denomina control de constitucionalidad concentrado debido a que la revisión constitucional se concentra en un órgano superior[42]. En el caso ecuatoriano, este órgano es la Corte Constitucional. En palabras de dicha Corte, este mecanismo "tiene por finalidad garantizar la constitucionalidad de la aplicación de las disposiciones jurídicas dentro de los procesos judiciales [...] para la realización de la justicia"[43]. Una de las formas a través de las cuales se materializa este mecanismo es la absolución de consultas constitucionales.

### 2.3.3. Respaldo de la Corte Constitucional a la inapelabilidad de los laudos

La Corte Constitucional, amparada en lo prescrito por la normativa nacional vigente[44], ha dictado un sinnúmero de sentencias de naturaleza de consulta cons-

34 *Eiusdem*. Artículo 11.
35 *Eiusdem*. Artículo 11 numeral 4.
36 *Eiusdem*. Artículo 425.
37 Sobre un análisis detallado del control de constitucionalidad ecuatoriano a partir de la Constitución de 2008, vid. Intriago, Ana Teresa. *El control de constitucionalidad en Ecuador*. Tesis de maestría. Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, Quito, 2015.
38 Vivanco, Ángela. "Capítulo VIII: Tribunal Constitucional". *Curso de Derecho Constitucional: Tomo III*. Santiago: Ediciones UC, 2014, s.p.
39 Constitución de la República del Ecuador. *Eiusdem*. Artículo 428.
40 Corte Constitucional del Ecuador. *Caso No. 0213-10-EP*. Sentencia No. 055-10-SEP-CC.
41 *Ibíd*.
42 Quinche, Manuel. *La acción de inconstitucionalidad*. Bogotá: Siglo del Hombre, 2015, s.p.
43 Corte Constitucional del Ecuador. *Caso N° 0535-12-CN*. Sentencia N° 001-13-SCN-CC.
44 Constitución de la República del Ecuador. *Eiusdem*. Artículo 248.; Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. Artículos 141, 142 y 143. Registro Oficial Suplemento 52 de 22 de octubre de 2009.; COFJ. Artículo 4, segundo inciso.; Codificación del Reglamento de Sustanciación de Procesos de Competencia de la Corte Constitucional. Artículo 3, numeral 6, y artículo 92. Registro Oficial Suplemento 613 de 22 de octubre de 2015.

titucional en relación con la apelabilidad de los laudos. Para el presente análisis, cuatro de ellas son de especial interés debido a que recogen la mayoría de los argumentos de fondo que la Corte Constitucional ha desarrollado al respecto. Estas sentencias son: Sentencia No. 169-12-SEP-CC[45]; Sentencia No. 008-13-SCN-CC[46]; Sentencia No. 081-13-SEP-CC[47]; y Sentencia No. 007-16-SCN-CC[48]. Estas decisiones sirven como una fuente indispensable para analizar tres argumentos, presentes de manera transversal en las cuatro sentencias, que ha construido la Corte para defender la presunta constitucionalidad de la inapelabilidad de los laudos. Dichos argumentos son: (i) la legitimidad de la restricción del derecho por estar contenida en la LAM; (ii) la falta de jurisdicción de los árbitros; y, (iii) la posibilidad de renuncia de un derecho constitucional por la voluntad de las partes manifestada en el convenio arbitral.

Como conclusión, respecto al derecho constitucional a recurrir el fallo y su situación en el arbitraje ecuatoriano, se puede resumir que el ejercicio de la jurisdicción implica transversalmente al derecho al debido proceso y con este a la garantía esencial de apelar. Siendo el arbitraje un MASC, se esperaría la primacía de la apelabilidad en resguardo de los derechos constitucionales. Sin embargo, a los ojos de la Corte Constitucional, no solo que la LAM ha obrado en Derecho al restringir esta posibilidad, sino que además ha encontrado otros argumentos para socapar dicha vulneración. Sin embargo, dichos argumentos no parecen ser suficientemente coherentes con el ordenamiento jurídico nacional, razón por la cual sirve de materia sustancial para el siguiente análisis.

## 3. Restricción legal al derecho a recurrir el laudo

El artículo treinta de la LAM establece como restricción legal la inapelabilidad del laudo. La Corte Constitucional se ha pronunciado para determinar si el artículo en mención contraviene la supremacía constitucional. Del análisis del problema jurídico, la Corte Constitucional ha concluido que el artículo cuestionado es constitucional. Según los pronunciamientos de la Corte Constitucional, la inapelabilidad del laudo es legítima porque la ley lo prescribe. Sin embargo, este órgano ha olvidado que el texto constitucional contempla expresamente el derecho a recurrir un fallo o resolución. En este sentido, la restricción legal es cuestionable porque deja sin contenido al derecho a recurrir el laudo. La renuncia implica que no exista el derecho constitucional de doble instancia. Como se dijo anteriormente, para la Corte Constitucional, la LAM es la principal reguladora del proceso arbitral. Empero, es menester recalcar que, en Ecuador, la Constitu-

45 Corte Constitucional del Ecuador - Período de Transición. *Caso No. 1568-1 0-EP*. Sentencia No. 169-12-SEP-CC de 26 de abril de 2012.

46 Corte Constitucional del Ecuador. *Casos No. 0033-09-CN, 0012-10-CN, 0026-10-CN, 0029-10-CN, 0033-11- CN, 0040-11-CN, 0043-11-CN, 0052-11-CN, 0016-12-CN, 0344-12-CN, 0579- 12-CN, 0598-12-CN, 0622-12-CN, 0623-12-CN y 0624-12-CN Acumulados.* Sentencia No. 008-13-SCN-CC de 14 de marzo de 2013.

47 Corte Constitucional del Ecuador. *Caso No. 0091-13-SEP-CC.* Sentencia No. 081-13-SEP-CC de 23 de octubre de 2013.

48 Corte Constitucional. *Caso No. 0141-14-CN*. Sentencia No. 007-16-SCN-CC de 28 de septiembre de 2016.

ción es jerárquicamente superior a las leyes, por lo que todo procedimiento debe ser observado bajo el marco constitucional.

### 3.1. La inobservancia a la supremacía constitucional por parte de la Corte Constitucional

La sentencia No. 007-16-SCN-CC que absuelve la consulta de inconstitucionalidad del artículo treinta de la LAM, señaló en su *ratio decidendi*:

> [L]os procesos de arbitraje deben respetar tanto las disposiciones constitucionales como legales que lo regulan, […] dentro de nuestro ordenamiento jurídico **se ha previsto la Ley de Arbitraje y Mediación como el marco regulatorio de estos procesos** (énfasis añadido)[49].

Es cierto que la LAM viene a ser el marco especializado y aplicable al arbitraje. Pero, en ninguna situación, puede justificarse el demérito a la Constitución como para no analizarlas conjuntamente. Se obvia el artículo 425 de la normativa constitucional que establece la jerarquía del ordenamiento jurídico. La argumentación de la Corte Constitucional se realiza eminentemente sobre la base de esta disposición de la LAM.

Además de utilizar como fundamento el inciso primero del artículo treinta, el segundo inciso también es utilizado por la Corte Constitucional para sustentar su posición al respecto. Este establece que: "Los laudos arbitrales no serán susceptibles de ningún otro recurso que no establezca la presente Ley"[50]. La última parte del inciso da a entender que es la LAM la que prohíbe el ejercicio del recurso de apelación frente a un laudo. Es decir, que esta imposición primaria es superior a lo que establece la norma constitucional sobre el tema referido.

Sin embargo, en la misma sentencia dictada por la Corte Constitucional se ve una evidente contradicción, puesto que se manifiesta:

> Los convenios arbitrales, el proceso de arbitraje y su conclusión, están **limitados y vinculados por las normas constitucionales**, al igual que todas las relaciones jurídicas y actos públicos y privados, más allá de que su origen pueda considerarse convencional. Es por ello que no puede ser admisible la aplicación de un convenio que verse sobre renuncia de derechos constitucionales o un proceso arbitral que vulnere el debido proceso constitucional, o un laudo arbitral que falle en franca contradicción con la Constitución[51] (énfasis añadido).

La lógica argumentativa de la sentencia No. 007-16-SCN-CC es entonces evidentemente contradictorita. De las citas expuestas, a este órgano supremo de control constitucional aparentemente le repugna la idea de darle a la Constitución una

---

49 *Ibíd.*
50 LAM. *Eiusdem*. Artículo 30.
51 Corte Constitucional. *Caso No. 0141-14-CN. Óp. cit.*

posición inferior frente a las leyes. No obstante, cita a la LAM fundamentando que es esta norma la que prohíbe la posibilidad de apelar el laudo y que por la naturaleza legal de este instrumento no es inconstitucional la inapelabilidad.

## 3.2. Ilegitimidad de la restricción de la LAM al derecho a recurrir el laudo

Es verdad que los derechos constitucionales no son absolutos, debido a que se puede limitarlos con el fin de garantizar otros más urgentes. Pero, para que esta limitación sea legítima, existe un estándar internacional desarrollado jurisprudencialmente por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que la Corte Constitucional debió haber aplicado al evaluar la constitucionalidad de la restricción legal de apelar los laudos prescrita en la LAM. Dicho test consta de tres requisitos específicos: (i) formalidad; (ii) fin legítimo; y, (iii) necesario en una sociedad democrática[52].

El primer requisito, la formalidad, se refiere a que únicamente se podrá restringir el derecho por norma de rango de ley, jamás inferior. Además, también manifiesta que la restricción debe ser precisa y en términos claros[53]. La inapelabilidad de los laudos, restringida clara y expresamente en la LAM, cumple con este primer requisito.

El segundo requisito, que busca que la limitación vele por el cumplimiento de un objetivo legítimo, es incumplido[54]. Ello, por dos razones. Por un lado, ni la Corte, ni la LAM, han establecido un posible derecho más urgente que deba ser atendido como para tener fundamento para limitar el derecho a apelar. Y por otro, subsumiendo los objetivos del arbitraje, se podría concluir que lo que se busca evitar con esta restricción es la intromisión del Estado en las resoluciones de los árbitros. Sin embargo, asumiendo que este fuera dicho fin legítimo, justamente no se cumpliría con el tercer requisito.

Finalmente, con respecto al tercer requisito, que manda que la restricción sea necesaria y proporcional, se sostiene que es también incumplido. Ello porque la limitación debe ser indispensable para ser necesaria[55]. Es decir, la restricción debe ser la única alternativa viable para conseguir el fin legítimo que se está persiguiendo. Sin embargo, de lo desarrollado previamente, está más que claro que ni siquiera hay un fin legítimo establecido y que el que se puede interpretar como posible objetivo, tiene más posibilidades de ser protegido sin una intervención estatal. Una de dichas alternativas es crear tribunales de alzada compuestos por árbitros que se desarrolle bajo el mismo contexto privado del arbitraje. Además,

52 Caso Kimel, *Óp. cit.*, párr. 58.
53 Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Opinión Consultiva OC-5/85*, Serie A No. 5, párrafos 39-40.
54 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Usón Ramírez Vs. Venezuela*. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C. No. 135, párrafo 63.
55 Caso Kimel, *Óp. cit.*, párr. 83.

el presente requisito busca la proporcionalidad. Claramente, al vaciar un derecho y restringirlo por completo, se incumple este precepto. No solamente se está limitando, sino que se está impidiendo por completo su ejercicio en todos los casos.

Del análisis realizado bajo el test de restricciones, se puede observar que es incumplido casi en su totalidad. El único requisito que cumple a cabalidad es el de formalidad, debido a que se encuentra en la LAM. Pero, los requisitos de fondo, aquellos únicos que podrían fundamentar la restricción, se ven absolutamente vulnerados. Este análisis, omitido por la Corte Constitucional, debió haber sido la piedra angular en sus consultas vinculantes.

## 3.3. La inconstitucionalidad del artículo treinta de la LAM

El argumento de la Corte Constitucional se resume a dar primacía a un mandato legal sobre un derecho reconocido en el bloque de constitucionalidad, haciendo caso omiso a un análisis de la legitimidad de dicha restricción. Pese a que no es obligatorio, hubiese sido óptimo que la Corte Constitucional utilice el parámetro aceptado internacionalmente por la Corte IDH, que recoge los tres requisitos para la determinación de la idoneidad y legitimidad de una limitación a un derecho. En cualquier caso, la Corte Constitucional debió haber utilizado cualquier tipo de parámetro que analice a fondo el fundamento de esta restricción legal, y no haberse limitado a apoyar vagamente una restricción por el simple hecho de que cumple la formalidad de existir en una ley[56].

Por lo argumentado previamente, se puede concluir respecto a la restricción legal a recurrir el fallo que el argumento de la Corte Constitucional tiene un fundamento meramente formal y no contiene análisis de fondo alguno. Además, por medio de un test reconocido por una instancia internacional vinculante para Ecuador, se ha demostrado que de ninguna forma dicha restricción es legítima. Por todo esto, se concluye que hay una inconstitucionalidad clara en el artículo treinta de la LAM, al incurrir en una restricción ilegítima de un derecho recogido expresamente en la Constitución.

## 4. Inapelabilidad del laudo por presunta carencia de potestad jurisdiccional

El segundo argumento planteado por la Corte Constitucional para defender su posición frente a la constitucionalidad de la inapelabilidad de laudos se encuentra relacionado con la naturaleza de la potestad arbitral. Sin embargo, este argumento no resulta ser coherente, debilitando los motivos de su proceder. En la consulta de constitucionalidad No. 007-16-SCN-CC, de 28 de septiembre de 2016, se recogen de manera sistemática los siguientes argumentos contradictorios al respecto:

56 Caso Kimel, *Óp. cit.*, párr. 83.

1. En referencia a las diferencias entre los jueces de justicia ordinaria y los árbitros, opina:

> Lo que diferencia a ambos métodos heterocompositivos [la justicia ordinaria y el arbitraje] es la fuente inmediata de dicha designación y de la vinculación de las partes a la decisión. En el caso de los jueces, dicha designación tiene como fuente inmediata la norma constitucional y legal, mientras que, para quienes ejercen el arbitraje, la fuente es convencional, pues consta en un convenio sujeto a la voluntad de las partes; en sí se puede señalar que **el arbitraje es un mecanismo de solución de conflictos de jurisdicción privada por terceras personas, que no tienen la calidad e investidura de los jueces de la jurisdicción común, por no ser designados por el poder público, sustrayéndolos de la jurisdicción común** (énfasis añadido)[57].

2. Citando y ratificando lo que sostuvo en Sentencia No 169-12-SEP-CC, establece la primacía de la tesis jurisdiccional por sobre la convencional:

> [L]os convenios arbitrales, el proceso de arbitraje y su conclusión, **están limitados y vinculados por las normas constitucionales**, al igual que todas las relaciones jurídicas y actos públicos privados, **más allá de que su origen pueda considerarse convencional** (énfasis añadido)[58].

3. Pretende aislar al arbitraje y sus procedimientos del control constitucional al argumentar que posee un marco regulatorio propio y especializado como es la LAM; pero al mismo tiempo afirma que "los procesos de arbitraje deben respetar **tanto las disposiciones constitucionales** como legales que lo regulan" (énfasis añadido)[59].

Es comprensible la dificultad de armonizar la posición de la propia Corte Constitucional ante la potestad para dirimir controversias de la que goza el arbitraje, y con ella su alcance y obligaciones. De por sí, existe un alto grado de discusión respecto al origen de la potestad envestida a los árbitros para intervenir en un proceso. Sin embargo, para resolver esta dificultad respecto a la potestad arbitral es necesaria, como primer paso, una breve revisión de las principales teorías referentes a la naturaleza jurídica de la potestad arbitral. Además, es necesario evaluar cuál perspectiva ha sido adoptaba por el ordenamiento ecuatoriano. Con base en esto, el debate resulta en la determinación de la naturaleza de la facultad que poseen los árbitros para resolver un conflicto. A partir de la naturaleza de sus actuaciones se podrá descubrir las implicaciones para los árbitros y el régimen que recae sobre ellos. Finalmente, se evaluará la validez y coherencia de los argumentos que ha empleado la Corte Constitucional para impedir la apelabilidad de los laudos.

57 *Ibíd.*
58 Corte Constitucional del Ecuador - Período de Transición. *Óp. cit.*
59 Corte Constitucional. *Óp. cit.*

## 4.1. La naturaleza de la potestad arbitral en el ordenamiento jurídico ecuatoriano

Para comprender el origen y naturaleza de la potestad del proceso arbitral para dirimir controversias se han desarrollado dos posiciones claramente demarcadas en la doctrina. Lo que han procurado estas perspectivas es perfilar una serie de características que pueden ser otorgadas o toleradas, según la teoría, por parte del Estado frente a este MASC. En este sentido, por un lado, se tiene a la teoría contractualista, y por otro, a la tesis jurisdiccional. La principal relevancia de comprender cuál es la visión estatal sobre el arbitraje es que permite sistematizar el estudio del poder, del alcance y de los efectos de una decisión arbitral a los ojos del Estado. La consecuencia de esto sería la clarificación de los deberes que tiene el Estado frente a tales decisiones.

En primera instancia se encuentra la teoría convencional o contractual. Esta plantea que el arbitraje es lo que es porque existe un contrato o acuerdo entre las partes[60]. Una controversia es sometida a un proceso arbitral, el cual va a estar sujeto a condiciones prestablecidas por las partes que afectan no solo al procedimiento sino al laudo, sin perjuicio de las disposiciones que encierran los derechos del debido proceso. Según Gonzales de Cossío, "el corazón de esta corriente de opinión consiste en que todo el procedimiento arbitral está basado en acuerdos contractuales"[61]. La importancia de la teoría no se encuentra en la forma en que el árbitro maneja el procedimiento arbitral, sino en que esta estuvo regulada anticipadamente mediante pautas nacidas de la sola voluntad de las partes que determinarán la actuación del árbitro. En otras palabras, el antecedente del arbitraje sería el acuerdo de las partes, y la autoridad de los árbitros es tal porque las partes así lo acordaron. En consecuencia, la autoridad del árbitro deviene de la voluntad de las partes, no de una disposición legal, siendo entonces que, desde una perspectiva contractualista, no debería existir control del Estado sobre la institución arbitral.

En contraste con la contractualista, la teoría jurisdiccional advierte que la fuente del sistema arbitral es la ley. El efecto inmediato es que el arbitraje goza de inexorabilidad por ser reconocido expresamente por el ordenamiento jurídico. Jorge Gil Echeverry manifiesta que el arbitraje es un "proceso jurisdiccional" en que la solución de la controversia se somete a un árbitro o tribunal arbitral, que "quedan investidos de jurisdicción para proferir un laudo con la misma categoría jurídica y los mismos efectos de una sentencia judicial"[62]. Por su parte, Roque Caivano propone que, si bien el arbitraje es iniciado convencionalmente, "corresponde atribuirle **una naturaleza eminentemente jurisdiccional**, que el instituto

60 Gonzales de Cossío, Francisco. *Sobre la naturaleza jurídica del arbitraje, homenaje a don Raúl Medina Mora*. http://www.gdca.com.mx/PDF/arbitraje/SOBRE%20LA%20NAT%20JDCA%20ARBITRAJE%20Hom%20%20Raul%20Medina.pdf (acceso 03/05/2018).

61 *Ibid.*

62 Gil, Jorge. *Nuevo régimen de arbitramento*. Bogotá: Cámara de Comercio de Bogotá, 1999, pp. 23-30.

se desprende luego de ese origen, adquiriendo el laudo los caracteres propios de una sentencia dictada por un magistrado del Poder Judicial" (énfasis añadido)[63]. En consecuencia, la teoría jurisdiccional tiene como fundamento que el arbitraje conlleva en sí mismo el hecho de que los árbitros ejerzan funciones jurisdiccionales. El resultado es la creación de jurisdicción en sentido lato, es decir, la posibilidad que un tercero pueda dirimir una controversia más allá del poder de imperio. De este modo se crea una excepción a la regla general del Estado como único administrador de justicia, sin implicar que la génesis del arbitraje deje de ser convencional.

La función de las dos perspectivas teóricas expuestas es perfilar las cualidades de la visión que puede adoptar un Estado frente al arbitraje. Para esta determinación, el texto constitucional y el Código Orgánico de la Función Judicial (en adelante COFJ) son de especial relevancia. El artículo ciento noventa de la Constitución[64], y los articulados siete y diecisiete del COFJ[65] prescriben, respectivamente, el reconocimiento constitucional al arbitraje como método alternativo de solución de conflictos y, por otra parte, otorgan a los árbitros una envestidura legal de carácter jurisdiccional. Esto último resulta al prescribir que "[l]os árbitros ejercerán funciones jurisdiccionales, de conformidad con la Constitución y la ley"[66]. La consecuencia es el otorgamiento al arbitraje de una naturaleza jurisdiccional.

El fenómeno del arbitraje en Ecuador tiene plena lógica. La justicia es delegable porque existen formas en las que el Estado reconoce otras posibilidades de administración de justicia más allá del ejercicio de su potestad jurisdiccional. El legislador crea una excepción al principio de unidad jurisdiccional al reconocer jurisdicción yacente en terceros que no son parte del Poder Judicial. No obstante, este reconocimiento no exime del sometimiento a la ley y al control constitucional, aun cuando el origen de un proceso sea convencional. La razón es que el arbitraje, según el COFJ, constituye exactamente una forma de servicio público.

Es entonces pertinente concluir que, en Ecuador, por prescripción constitucional y legal, el arbitraje tiene naturaleza más jurisdiccional que convencional. La principal secuela de este hecho es la envestidura de los árbitros con funciones jurisdiccionales que estarán sometidas al escrutinio constitucional y legal por llevar a cabo el ejercicio delegado de la potestad jurisdiccional estatal.

## 4.2. Implicaciones del ejercicio jurisdiccional en el arbitraje

El resultado de la naturaleza jurisdiccional del arbitraje es que los juzgadores de este método, es decir los árbitros, ejercen funciones jurisdiccionales. Para el orde-

63 Caivano, Roque. *Arbitraje.* Buenos Aires: Ad Hoc, 2008, pp. 92-93.
64 Constitución de la República del Ecuador. *Eiusdem*. Artículo 424.
65 COFJ. *Eiusdem*. Artículo 150.
66 *Ibid.*

namiento jurídico ecuatoriano el ejercicio de la jurisdicción "consiste en la potestad pública de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, [...] y que se ejerce según las reglas de la competencia"[67]. Sin embargo, no es posible afirmar que los árbitros lleven a cabo de manera plena este ejercicio, pues sus funciones jurisdiccionales son limitadas. Sí, en efecto, tienen *ius decidendi*, entendiéndose como la potestad de juzgar o dirimir una controversia. Pero no poseen *ius imperium* ya que en el ordenamiento ecuatoriano los laudos que se emiten por la autoridad arbitral deben someterse a un proceso de ejecución para poder surtir sus efectos materiales[68]. No obstante, la potestad de juzgar y que esta decisión sea vinculante, aun cuando requiere un proceso adicional para su eficacia, es la función esencial que ejecutan los árbitros.

El ejercicio de la función arbitral esencial del *ius decidendi* acarrea diversas consecuencias jurídicas. Primero, se reconoce a los árbitros como personas privadas revestidas de potestades públicas temporales. Segundo, el arbitraje se convierte en un equivalente funcional de la jurisdicción ordinaria. Por último, y como consecuencia de los dos hechos anteriores, el ejercicio de estas funciones jurisdiccionales que ejercen los árbitros debe someterse al mismo régimen de derechos, responsabilidades, garantías y ejecución, de los otros entes que las ejercen.

El reconocer el depósito de potestades públicas en personas particulares se contrapone con la teoría convencional de la naturaleza del arbitraje. Esta perspectiva contractualista proclama que la autoridad de los árbitros deviene de la convención de las partes. Ante esto, el ordenamiento ecuatoriano no niega que la génesis del arbitraje es contractual, pues las partes son quienes crean un foro privado en el cual se conoce su conflicto para que sea resuelto por juzgadores elegidos por las propias partes. Sin embargo, la capacidad de los árbitros para juzgar dicha controversia proviene del ejercicio de una función pública: la jurisdiccional. Seguidamente, la decisión de los árbitros goza de impositividad inexorable equivalente a la de los jueces ordinarios única y exclusivamente por constituir la ejecución del poder público delegado por el Estado. Esta realidad resulta ser temporal porque, a diferencia de los jueces, los árbitros no ejercen funciones jurisdiccionales ilimitadamente por representación estatal, sino que su jurisdicción inicia con la conformación del tribunal y se extingue con el cumplimiento de su deber de juzgar.

Independientemente de su limitación temporal, el ejercicio del *ius decidendi* por parte de los árbitros es equiparable al llevado a cabo por los jueces del aparato estatal. Para explicar este fenómeno y sus consecuencias es pertinente citar a Niklas Luhmann, proponente de la teoría de los equivalentes funcionales. El autor razona que "cuando diferentes estructuras pueden desempeñar la misma función, y por lo tanto, pueden sustituirse entre sí, son funcionalmente equivalentes"[69]. Partiendo de esta premisa:

67 *Eiusdem*. Artículo 7.
68 *Cfr.* Código Orgánico General de Procesos. Artículo 363. Registro Oficial No. 506 de 22 de mayo de 2015.
69 Salcedo Flores, Álvaro. *En torno a la naturaleza jurídica del arbitraje*. Bogotá: Revista Análisis Internacional, 2010, p.148.

> Si la función estructural de la justicia estatal, en el derecho privado, es la de resolver conflictos entre particulares, al permitir el mismo Estado mediante la ley, que los mismos particulares designen sus jueces y estos, mediante un procedimiento decidan un conflicto, estaremos claramente en presencia de un equivalente funcional, al papel que cumple la justicia estatal. No se trata de otra justicia. Se trata de la misma con otros actores principales (árbitros), pero con las mismas partes y el mismo conflicto a resolver[70].

Por lo tanto, esta teoría de los equivalentes funcionales no hace más que reforzar la tesis de la naturaleza jurisdiccional del arbitraje, adoptada por nuestro ordenamiento. En ambos casos, el arbitral y el ordinario, la potestad jurisdiccional es la misma y únicamente difiere sobre quién reside la confianza de las partes para dirimir su conflicto. Es decir, cambia solamente en el sentido de quien ostenta la jurisdicción, mas no la naturaleza de sus actuaciones. Esto no exime, en ninguno de los dos supuestos, que el juicio resultante sea vinculante.

Por último, la implicación resultante de las premisas anteriores, al decir que los árbitros son privados que ejercen potestades públicas temporales en una justicia igual a la ordinaria en donde únicamente difieren los actores principales, es que los árbitros están sujetos al mismo régimen jurídico que los jueces ordinarios. Esta regulación incluye derechos, responsabilidades, y obligaciones, pero sobre todo la observancia de las normas constitucionales. No existe razón alguna para beneficiar o perjudicar de alguna forma a aquellos que ejercen la misma función jurisdiccional, ya sean actores decisivos de controversias de la justicia ordinaria o arbitral. Las obligaciones serán las mismas, y con ellos se someten al mismo escrutinio de sujeción a la Constitución y a la ley, por lo que notoriamente están regidos por el debido proceso y consigo el derecho a la impugnación.

## 4.3. Consecuencias constitucionales de la potestad jurisdiccional arbitral

La sentencia 007-16-SCN-CC dictada por la Corte Constitucional reúne una serie de argumentos para defender la inapelabilidad de los laudos sobre la base de la supuesta naturaleza meramente convencional del arbitraje. Sin embargo, sus argumentos para sostener esta posición no pueden ser vistos como coherentes, especialmente a la luz del análisis teórico y legal que precede. Por lo tanto, su posición, y con ella las columnas que la sostienen, requiere ser evaluada.

La Corte Constitucional sostiene que los árbitros, y con ellos el arbitraje, no detentan una potestad jurisdiccional, más bien una convencional. Para llegar a esta conclusión sobre la naturaleza de este MASC se limita a analizar únicamente el origen de la designación de los juzgadores (jueces ordinarios y árbitros) y la razón de sujeción de las partes a determinado método, en los siguientes términos:

70 *Ibíd.*

> Lo que diferencia a ambos métodos heterocompositivos [la justicia ordinaria y el arbitraje] **es la fuente inmediata de dicha designación y de la vinculación de las partes a la decisión**. En el caso de los jueces, dicha designación tiene como fuente inmediata la norma constitucional y legal, mientras que para quienes ejercen el arbitraje, la fuente es convencional, pues consta en un convenio sujeto a la voluntad de las partes; en sí se puede señalar que **el arbitraje es un mecanismo de solución de conflictos de jurisdicción privada por terceras personas, que no tienen la calidad e investidura de los jueces de la jurisdicción común, por no ser designados por el poder público, sustrayéndolos de la jurisdicción común** (énfasis añadido)[71].

Sin embargo, sobre la base del análisis previamente realizado acerca de la real potestad jurisdiccional de los árbitros en Ecuador, el argumento presenta una grave contradicción. La Corte Constitucional sostiene que la diferencia entre la justicia ordinaria y la justicia arbitral es que la designación de los jueces tiene fuente constitucional y legal, mientras que la de los árbitros es convencional. Así también, sustenta que los terceros que toman la decisión en el arbitraje no tienen la calidad e investidura de los jueces del poder público. Este análisis de la Corte Constitucional tiene varias críticas.

La primera crítica al razonamiento de la Corte Constitucional es que, como se mencionó previamente, el arbitraje es reconocido por la Constitución y la Ley, reafirmando su origen privado. Pero esto no excluye que la capacidad de administrar justicia, en empleo del monopolio estatal de la fuerza, tiene su origen en la delegación de jurisdicción que realiza el ordenamiento jurídico en concesión al arbitraje. Claramente en una ley orgánica, como es el COFJ, que es de carácter público, se inviste a los árbitros de potestades jurisdiccionales. Una segunda crítica es que, como consecuencia de la delegación, el arbitraje está sometido a la regulación del ordenamiento. Y una tercera crítica es que, en aplicación de la teoría de equivalentes funcionales, la justicia arbitral es un símil, de hecho, a la justicia ordinaria.

En concordancia con este análisis, la misma Corte Constitucional ha reconocido la primacía de la tesis de potestad jurisdiccional sobre la convencional al establecer que:

> […] los convenios arbitrales, el proceso de arbitraje y su conclusión, están limitados y vinculados por las normas constitucionales, al igual que todas las relaciones jurídicas y actos públicos privados, **más allá de que su origen pueda considerarse convencional** (énfasis añadido)[72].

Esta disposición refuerza lo previamente expuesto. En Ecuador se prioriza la tesis de la potestad jurisdiccional sobre la convencional. Si bien el origen y la procedencia del arbitraje depende de la voluntad privada de las partes, al vincular y

71 *Ibíd.*
72 Corte Constitucional del Ecuador - Período de Transición. *Óp. cit.*

regular el proceso a lo establecido públicamente por la Constitución y la Ley, se admite que la configuración del proceso no es ilimitada. No se niega que el acceso al arbitraje sea mediante el acuerdo y que el procedimiento pueda ser reglado por las partes; lo que en realidad se afirma es que su regulación general y existencia nunca podrían dejar de estar sujetas al ordenamiento y al interés público, especialmente recordando que es un servicio público reconocido por ley.

El tercer argumento de la Corte Constitucional no hace más que afirmar el análisis previo, pues establece que serán la Constitución y la ley aquellas que regulen el proceso arbitral. Esto lo hace mediante una delegación inmediata a la LAM de este rol, la cual es reconocida por la propia Corte Constitucional. No obstante, esta delegación no debe entenderse como un marco legal de límites, sino como una forma de asegurar garantías constitucionales. La consecuencia es que la LAM sería en efecto aquel instrumento legal que desarrolla y protege los derechos consagrados de forma jerárquicamente superior. La LAM, en conclusión, es aquel marco garantista de derechos constitucionales por el interés público que implica el ejercicio de la jurisdicción, mas no uno restrictivo de ellos.

Como conclusión, los argumentos y el análisis estructurado por la Corte Constitucional son incoherentes y paradójicos. Es insostenible que las potestades arbitrales surjan de la convención de las partes, pues ellas únicamente aprovechan la delegación estatal de jurisdicción para activar el ejercicio de esta potestad conferida a los árbitros. No es posible aferrarse a esta tesis para separar al arbitraje del régimen jurisdiccional. Las decisiones arbitrales son resoluciones emitidas por órganos funcionales equivalentes a la justicia ordinaria. Por ende, no es lógico privar al ejercicio jurisdiccional de los árbitros de la protección constitucional del derecho a la impugnación, desconociendo a la misma Constitución y a una ley orgánica.

## 5. La renuncia convencional de las partes a su derecho a recurrir el fallo

El tercer argumento de la Corte Constitucional para sustentar la constitucionalidad de la inapelabilidad de laudos es la supuesta renuncia al derecho al doble conforme que realizan las partes mediante la suscripción del negocio arbitral. A su entender, otorgando competencia a la justicia arbitral procede una renuncia a la jurisdicción de la justicia ordinaria. No obstante, si bien la autonomía de la voluntad es un principio rector transversal en el Derecho privado, y con él del arbitraje, es limitado. Ante esto nace la duda si con la renuncia a la jurisdicción ordinaria para resolver la controversia, se está también renunciando al derecho constitucional a recurrir el fallo, y si es que se podría renunciar a derechos constitucionales de manera convencional.

## 5.1. El consentimiento de la Corte Constitucional a la renuncia convencional del derecho

Dentro este contexto, la Corte Constitucional ha razonado que:

1. Debido a que las partes consienten convencionalmente la competencia arbitral, se están sometiendo a la decisión que dicha jurisdicción arbitral emita sin opción a acudir nuevamente a la justicia estatal ni a los derechos constitucionales que ella conlleva. En palabras de la Corte Constitucional:

    > [L]os laudos arbitrales son inapelables; por lo que, las partes, al aceptar someterse a un proceso arbitral, implícitamente aceptan la inapelabilidad de los laudos arbitrales y de esta manera aceptan someterse a la decisión en estos adoptada[73].

2. La decisión, por autonomía de las partes, de someterse al arbitraje conlleva el régimen especial normativo para el arbitraje, es decir la LAM, y con él la exclusión del régimen general y supremo de la Constitución:

    > [E]xiste un marco determinado que regula los procesos arbitrales, destacándose como una de sus características "el acuerdo de voluntades", por lo que la normativa ha restringido la posibilidad de interponer recursos adicionales a los establecidos expresamente en la Ley de Mediación y Arbitraje[74].

3. Es legítima la imposibilidad de acudir al derecho al doble conforme por las partes, pues ellas consienten esta limitación al desear la decisión arbitral en vez de aquella de jurisdicción estatal:

    > [E]stá limitado de manera legítima el ejercicio del derecho a la doble instancia, lo que no implica una renuncia al mismo, sino una declaración previa de conformidad con el resultado obtenido, en uso de la libertad de contratación, expresada por medio de la suscripción del convenio arbitral[75].

4. Las partes renuncian a su derecho constitucional del doble conforme cuando aceptan de manera anticipada cualquiera que sea la decisión que el tribunal privado encuentre:

    > [E]n los procesos arbitrales, debido a que, al someterse a un proceso de este tipo, las partes están realizando una manifestación de aceptación previa al resultado que se vaya a adoptar, dentro del proceso arbitral y, por consiguiente, de su inapelabilidad por esta causa[76].

73 Corte Constitucional del Ecuador. *Caso No. 0091-13-SEP-CC. Óp. cit.*
74 Corte Constitucional del Ecuador. *Caso No. 1114-12-EP*. Sentencia No. 173-14-SEP-CC.
75 Corte Constitucional del Ecuador - Período de Transición. *Óp. cit.*
76 Corte Constitucional del Ecuador. *Caso No. 0091-13-EP. Óp. cit.*

## 5.2. El convenio arbitral como mecanismo de selección de jurisdicción

El convenio arbitral debe entenderse como

> un **contrato procesal** en virtud del cual las partes que lo suscriben —personas físicas o jurídicas— acuerdan someter a arbitraje todas o algunas de las controversias que hayan surgido o puedan surgir respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual [en que e]l consentimiento de ambas partes constituye el requisito o condición de eficacia (énfasis añadido)[77].

A partir de este consentimiento se configura la prevalencia de uno de los principios fundamentales del arbitraje, el principio de inevitabilidad de este, es decir la competencia obligatoria para las partes. Además, como una de sus proyecciones se encuentra el principio *kompetenz-kompetenz* (competencia-competencia) que determina la potestad del árbitro o del tribunal arbitral para resolver sobre su propia competencia[78]. Esta facultad, que otorgan de manera indirecta las partes a través de su sometimiento a la competencia arbitral, es tan amplia que permite resolver "inclusive sobre las excepciones relativas a la existencia y validez del acuerdo [arbitral]"[79]. Con esta competencia en manos de la justicia arbitral, se ha constituido al convenio arbitral como una renuncia a la jurisdicción de la justicia ordinaria, y por consiguiente una exclusión a dicha vía[80]. Dicha renuncia, se la realiza en favor de la actuación de una jurisdicción distinta para el litigio, una particular[81].

Este traspaso contractual de la administración de justicia estatal hacia la privada ha sido empleado por la Corte Constitucional, en conjunto con su razonamiento de restringir los derechos constitucionales fundamentales a través de la norma inferior de la LAM, como una excusa para argumentar la renuncia convencional de la jurisdicción ordinaria, y con ella a la protección constitucional que se le ofrece a la misma.

## 5.3. La irrenunciabilidad del derecho constitucional a recurrir el laudo por medio del convenio arbitral

La misma lógica que ha expuesto la Corte Constitucional para explicar la posibilidad de que las partes renuncien a su derecho constitucional al doble conforme, pone en tela de duda la validez de esta pretensión. En este punto, vale la pena recordar que la propia Constitución reconoce que el derecho al debido proceso, que comprende a su vez el de la defensa, asegura que en todo proceso en el que

77 Gómez Jene, Miguel. "The Arbitration Agreement: Statu Quo". *Cuadernos de Derecho Transnacional.* Volumen 9, No. 2 (2017), p. 9.
78 Pereznieto, Leonel. *Tratado de arbitraje comercial internacional mexicano.* México D.F.: Limusa, 2013, p. 144.
79 Pérez Pacheco, Yaritza. *Reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales comerciales internacionales en México*. México D.F.: ILEJESC, 2014, p. 4.3
80 Font Serra, Eduardo. *Aportaciones del profesor Font Serra a la doctrina jurídica.* Madrid: Ministerio de Justicia, 2004, p. 50.
81 Rogel Vide, Carlos. *Del convenio arbitral y sus efectos*, p. 53. Citado en Díaz-Bastián, Ernesto. *Comentarios breves a la Ley de Arbitraje*. Zaragoza: Reus, 2007, pp. 47-67.

se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se tiene la garantía a recurrir el fallo o resolución de estos procesos. Entonces, a pesar de tener un origen convencional, ¿es o no el arbitraje uno de todos estos procesos en los cuales se determinan derechos y obligaciones?

El derecho a recurrir la decisión procedente de todo proceso de determinación de derechos y obligaciones, que constitucionalmente forma parte del derecho al debido proceso, también debe ser garantizado. Más aun, cuando se pretenda asegurar que las partes renuncian a la protección de la tutela judicial efectiva o a la protección del debido proceso, que según la Corte Constitucional es exclusivo de la jurisdicción estatal, pues se renuncia a todas sus funciones a través del convenio arbitral. De esta manera, ¿es posible renunciar a parte de esta protección, como es el derecho del debido proceso a recurrir, mediante contrato?

La Constitución prescribe que " [e]l ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios: […] 6. Todos los principios y los derechos son inalienables, **irrenunciables**, indivisibles, interdependientes y de igual jerarquía" (énfasis añadido)[82]. Por lo tanto, el derecho al doble conforme, como parte constitutiva del derecho constitucional al debido proceso, es irrenunciable. Esto resulta en la invalidez de cualquier pretensión convencional de impedir el deber protector del ordenamiento jurídico ecuatoriano, y con él todos sus órganos, de las garantías constitucionales para todo proceso de determinación de derechos y obligaciones.

## 6. Conclusión

El Estado ostenta la capacidad de juzgar y hacer cumplir lo resultante de este proceso. La piedra angular de dichas potestades es el derecho fundamental del debido proceso que se compone de derechos tales como el de la defensa. Dentro de este, se enmarca la garantía de poder recurrir las decisiones en donde se determinen derechos y obligaciones. Sin embargo, a lo largo del tiempo, las personas han decidido mantener un sistema paralelo a la jurisdicción estatal para la administración de justicia. De esto modo, se han mantenido e ido desarrollado cada vez más los métodos alternativos de resolución de conflictos. El método alternativo abordado en este trabajo es el arbitraje. Este es regulado específicamente por la LAM. Sin embargo, esta norma ha coartado el derecho a recurrir los laudos arbitrales.

La Corte Constitucional, máximo órgano de control constitucional en Ecuador, absolviendo diversas consultas constitucionales, ha concluido que la limitación de apelar en el arbitraje es plenamente constitucional. Para dicha afirmación, se basó en tres argumentos principales: la legitimidad de la restricción del derecho por estar contenida en la LAM; la falta de jurisdicción de los árbitros; y, la posibilidad de renuncia de un derecho constitucional por la voluntad de las partes ma-

82 Constitución de la República del Ecuador. *Eiusdem*. Artículo 11 numeral 6.

nifestada en el convenio arbitral. El primer argumento de la Corte Constitucional otorga primacía a la disposición legal por sobre un derecho constitucional, olvidando la supremacía constitucional y cualquier otro análisis de legitimidad para dicha restricción. El segundo argumento se encarga de sostener que los árbitros no ostentan potestades jurisdiccionales. No obstante, olvida que tanto Constitucional como la legislación han investido a los árbitros de potestades de carácter jurisdiccional delegado; esto además de que se ha calificado al arbitraje como un servicio público. Finalmente, el tercer argumento defiende que las partes, a través del convenio arbitral, renuncian convencionalmente a su derecho a recurrir. Sin embargo, la Corte Constitucional hace caso omiso a las características propias de los derechos constitucionales, como su irrenunciabilidad.

Del presente análisis se puede concluir que la Corte Constitucional ha manifestado en respuesta a las consultas de constitucionalidad una tendencia legalista, en vez de una garantista de derechos constitucionales. Por ello, las sentencias y argumentos de la Corte Constitucional aquí analizados carecen de fundamento que pueda mantener la constitucionalidad de la restricción del derecho a apelar los laudos. Finalmente, se puede manifestar que incluir un recurso de apelación en el arbitraje no significaría, bajo ningún concepto, alejarse de la naturaleza contractual y privada de este MASC. Más bien, esto dotaría al sistema arbitral de un carácter asegurador de derechos, y ello se convertiría en una razón más para que el particular se sujete a este método alternativo para dirimir sus controversias.

## 7. Recomendaciones

En primera instancia, el derecho a recurrir es un derecho constitucional de gran importancia al ser una de las garantías del derecho del debido proceso. En este sentido, es recomendable que mediante una reforma legislativa de la LAM se prevea o establezca la posibilidad de apelar el laudo arbitral y así dar la oportunidad a la parte que no esté de acuerdo con la decisión de fondo de los árbitros para recurrir en una instancia superior.

En segundo lugar, cabe mencionar que, al plantear la recomendación de una reforma legislativa de la LAM respecto del artículo treinta del referido cuerpo legal, no se propone que el Estado sea quien, mediante una corte de segunda instancia, conozca y decida sobre la apelación del laudo. Lo ideal sería que se constituya en el propio sistema de arbitraje. Podría involucrar a la misma institución administradora del proceso que se ha ventilado, o a un órgano colegiado de alzada para resolver la apelación. En el caso de un arbitraje *ad hoc*, se sugeriría que se sigan las mismas reglas de conformación del tribunal arbitral, con la particularidad de que este último sea considerado o entendido como un tribunal u órgano de segunda instancia.

Finalmente, como consecuencia de las dos recomendaciones expuestas, se sugiere plantar una acción de inconstitucionalidad del artículo treinta de la LAM por ser contrario a las disposiciones del artículo setenta y seis de la Constitución del Ecuador, relativo al debido proceso. No obstante, se deja a discreción del lector evaluar la pertinencia, coherencia y necesidad de las recomendaciones planteadas. Además, se invita a que el estudio del problema jurídico aquí establecido y todas sus consecuencias sean objeto de crítica y desarrollo a través de un nuevo trabajo académico


2631-2573


USFQ
PRESS